

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE LA CHARGE ET DES FONCTIONS
DU
CONSEIL JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

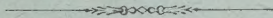
Le Mardi 23 juillet 1901, à 2 heures

PAR

Louis BONNARDOT

SOUS LA PRÉSIDENCE DE M. BAILLY, DOYEN

SUFFRAGANTS { M. GÉNY, PROFESSEUR
M. SIMONNET, CHARGÉ DE COURS



DIJON
LIBRAIRIE L. VENOT

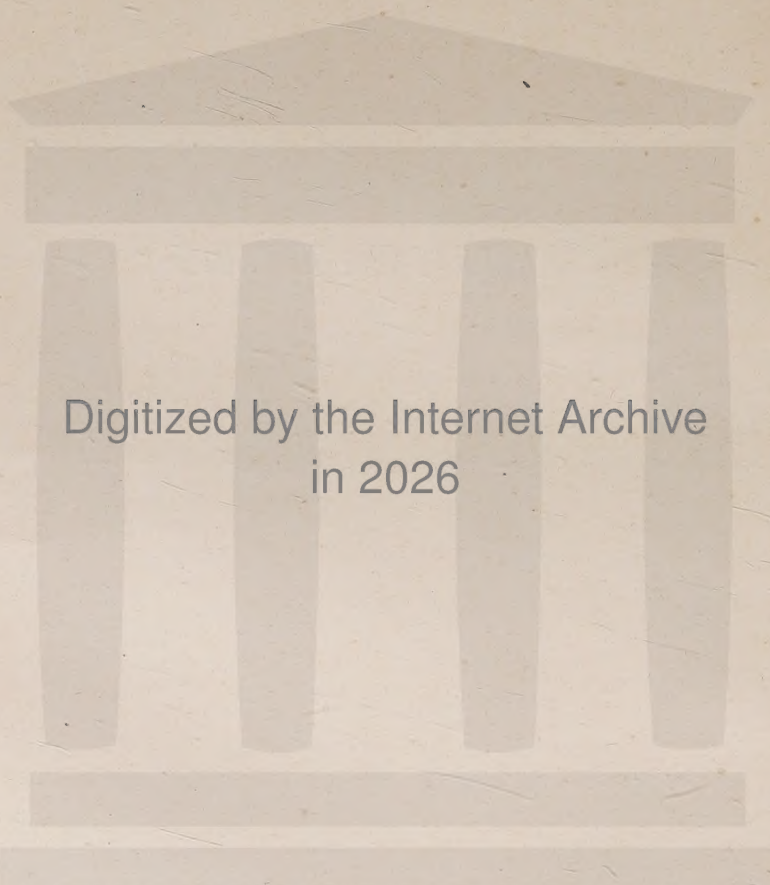
1, place d'Armes, 1

1901

DE LA CHARGE & DES FONCTIONS

DU

CONSEIL JUDICIAIRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548203_0002

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE LA CHARGE ET DES FONCTIONS
DU
CONSEIL JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Mardi 23 juillet 1901, à 2 heures

PAR

Louis BONNARDOT

SOUS LA PRÉSIDENTE DE M. BAILLY, DOYEN

SUFFRAGANTS { M. GÉNY, PROFESSEUR
 { M. SIMONNET, CHARGÉ DE COURS



DIJON
LIBRAIRIE L. VENOT

1, place d'Armes, 1

—
1901

DE LA CHARGE & DES FONCTIONS DU CONSEIL JUDICIAIRE

INTRODUCTION

Le Code civil français, dans les articles 499 et 513, prévoit la nomination d'un conseil judiciaire aux personnes atteintes de faiblesse d'esprit ou de prodigalité, et chargé de les assister dans certains actes énumérés limitativement par la loi.

Ces deux causes sont les seules dans lesquelles il y a lieu de recourir à cette institution.

La première vise une personne qui, cependant, sans être en état de démence, se trouve dans l'impossibilité de gouverner ses affaires avec sagesse. Cette personne a des facultés mentales tellement affaiblies qu'il y aurait danger à lui laisser gérer seule son patrimoine.

C'est pour la prévenir contre sa propre ruine que le législateur la confie aux soins d'une personne expérimentée chargée de la préserver.

On a laissé aux juges la plus grande latitude pour déterminer les circonstances dans lesquelles il y aurait

lieu de recourir à une pareille mesure, car la faiblesse d'esprit est trop difficile à définir et à limiter; elle présente d'ailleurs une infinité de degrés entre l'état habituel d'imbécillité, de fureur ou de démence, nécessitant toujours une interdiction complète, et l'intelligence suffisante permettant de gérer sagement ses affaires.

Cet état mental peut d'abord résulter d'une infirmité physique, telle que l'extrême vieillesse qui, tout en conservant à la personne qu'elle atteint une raison suffisante pour conduire sa fortune, lui enlève cependant la volonté et la faculté de travail nécessaires à cette gérance (1).

De même un sourd-muet peut, du fait de son infirmité, n'avoir plus la lucidité ou l'instruction nécessaire pour diriger son patrimoine.

Mais il ne suffit pas d'être atteint d'une infirmité physique pour être mis en puissance de conseil judiciaire, il faut encore que cette infirmité entraîne un affaiblissement des facultés intellectuelles, et un individu atteint d'une maladie lui empêchant de vaquer à ses affaires, ne pourra pas, par cela seul, compter sur cette protection de la loi si son intelligence n'est pas affaiblie par son mal.

Ce peut être une infirmité morale qui diminue l'intelligence. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'ivrognerie habituelle entraînant la mauvaise gestion du patri-

(1) Voir Amiens, 19 janvier 1868, Cassation, D., p. 57, 1, 354

moine et faisant craindre pour la conservation de la fortune, serait une cause suffisante pour faire nommer un conseil (1), et de même l'exaltation des idées lorsqu'elle entraîne des troubles partiels de la raison (2).

Les juges ont, avons-nous dit, la plus grande liberté pour apprécier les circonstances qui exigent une pareille mesure.

La seconde cause de nomination d'un conseil judiciaire est la prodigalité. C'est même à propos des prodiges qu'a été ajouté au Code civil le chapitre III au titre XI du livre premier.

Qu'est-ce que la prodigalité ? Il est extrêmement difficile de répondre à une telle question et les définitions en sont nombreuses.

En droit romain, on disait du prodigue : « *Qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profuit* (3). »

Cette définition d'Ulpien fut reprise par Meslé dans notre ancien droit : « Le prodigue est celui qui ne met ni temps, ni fin à ses dépenses, déchire et dissipe ses biens avec profusion... Paraissant raisonnable dans ses discours, il tient une conduite d'insensé quant au gouvernement de ses biens (4). »

(1) Rouen, 16 janvier 1863, D., 63, 2, 226.

(2) Besançon, 2 février 1863, D., 63, 2, 94 ; Lyon, 24 juillet 1872, D., 72, 2, 191.

(3) *Digeste*, liv. 27, tit, X, l. 1 *pr.*

(4) *Traité des minorités*, part. 11, chap. XIII, n° 7.

Enfin, M. Demolombe s'écrie à ce sujet : « Des dépenses désordonnées au jeu, en festins, en habits, en chevaux, en ameublements, en présents frivoles et honteux, des constructions voluptuaires et extravagantes, de vaines et folles profusions enfin, sans aucun résultat utile ni pour la société ni pour l'individu; quelquefois des opérations évidemment mal conçues, des entreprises insensées, des procès sans fin ni raison : tels sont, le plus ordinairement, les principaux effets de ce penchant qui conduirait le prodigue à la ruine si la loi ne l'arrêtait pas. Voilà le prodigue, le dissipateur sans frein qui gaspille follement son patrimoine (1). »

Il faut, pour que la prodigalité soit suffisante pour nécessiter la dation d'un conseil judiciaire, qu'elle mette en péril la fortune de celui à qui on le donne; il ne suffit pas qu'il fasse des dépenses extraordinaires et considérables inspirées par le caprice ou la passion, il faut encore que ces dépenses soient disproportionnées avec ses revenus. Ce caractère est nettement indiqué dans un arrêt récent de la jurisprudence : « Il n'y a pas de prodigalité, dit-il, lorsque les dépenses ne sont pas en disproportion avec les ressources, bien qu'elles soient contraires à la dignité et au rôle social de leur auteur, et entièrement dépourvues de tout caractère utile ou moral (2). »

(1) Voir Demolombe, t. VIII, n° 692.

(2) Voir Paris, 31 janvier 1894, S., 93, 2, 84.

Ainsi, la même opération sera jugée un acte de prodigalité lorsqu'elle émanera d'une personne n'ayant que des revenus modestes, tandis que ce ne sera qu'une dépense courante pour celui qui est possesseur d'une fortune considérable.

Enfin, il faut que la prodigalité soit actuelle et habituelle, qu'elle entraîne une diminution de fortune. Il n'y a pas de taux fixé; ce sera au juge à apprécier s'il y a lieu de nommer un conseil, et il ne le fera que lorsqu'il se trouvera en face d'un penchant fatal qui entraînerait promptement le prodigue à la ruine, tandis qu'il refusera une telle mesure s'il juge qu'il se trouve en présence d'une faute passagère et accidentelle.

Ces deux hypothèses sont les seules dans lesquelles les tribunaux ont à nommer un conseil judiciaire, et s'ils en nommaient un en dehors des cas de prodigalité ou de faiblesse d'esprit, ils violeraient la loi et méconnaîtraient de la sorte le but poursuivi par le législateur, si utile que puisse leur sembler une pareille mesure.

Ces deux causes n'ont d'ailleurs aucune ressemblance entre elles; malgré cela, la loi applique les mêmes dispositions à l'une et à l'autre. Il en résulte que tout ce que nous dirons dans cette étude des fonctions d'un conseil judiciaire nommé à un prodigue s'appliquera, par extension, au conseil judiciaire qui a été donné à un faible d'esprit.

Mais résulte-t-il de cela que tout faible d'esprit ou

tout prodigue doit être pourvu d'une pareille mesure?

Nous le croyons, et la jurisprudence est dans ce sens.

Cependant l'opportunité d'une telle mesure a été fortement discutée à propos de différentes catégories de faibles d'esprit ou de prodigues.

On a soutenu qu'il était inutile de nommer un conseil judiciaire à un mineur. Celui-ci étant en tutelle ne peut, par conséquent, compromettre son patrimoine, et s'il est émancipé, il est toujours facile de révoquer cette faveur qui lui a été accordée. On ajoute qu'il sera toujours temps de faire une telle nomination à sa majorité.

Mais nous ferons remarquer qu'une demande faite aussitôt la majorité arrivée, ne sera pas toujours suffisante pour protéger efficacement celui que l'on veut empêcher de se ruiner. Pendant l'instance, s'écoulera forcément un intervalle de capacité, et il est à craindre, si court soit-il, qu'il n'en profite pour souscrire des obligations onéreuses ou ratifier des emprunts qu'il aurait faits clandestinement lorsqu'il était encore mineur.

De plus, le mineur ne peut être l'objet d'une restitution que lorsqu'il a été lésé, tandis que pour l'individu en puissance de conseil, la nullité existe de droit par cela seul que les actes ont été faits sans assistance.

Il faudra donc que le conseil soit nommé avant la

majorité ; c'est d'ailleurs ce qu'autorise la jurisprudence (1).

L'opportunité d'une telle mesure a été aussi fortement discutée à propos de la femme mariée ; on a prétendu qu'un tel acte était à la fois inutile et en opposition avec l'autorité maritale.

Une telle nomination est inutile, dit-on, puisque la femme est déjà soumise à l'autorité de son mari, qui est chargé de la guider de ses conseils, et de la protéger contre ses faiblesses. Mais, trop souvent, en cas de prodigalité, le mari ne se fait-il pas le complice de sa femme et, au lieu de la retenir, ne la pousse-t-il pas à la ruine !

Et, de plus, dans certains régimes matrimoniaux, tels que la séparation de biens, la femme administre elle-même son patrimoine et en touche les revenus. Elle peut recevoir des capitaux mobiliers, acheter des meubles ou des immeubles, et placer les fonds qu'elle a à sa disposition, elle peut, dans ces actes, faire preuve de faiblesse d'esprit ou de prodigalité.

Il en est de même sous le régime dotal pour les biens paraphernaux.

On voit donc que dans bien des situations il sera nécessaire de nommer un conseil à la femme et même quelquefois de choisir une autre personne que le mari. Les fonctions de ce conseil vont l'amener à se

(1) Voir arrêt de Bourges, 5 mai 1846, D., 46, 2, 237, et 31 janvier 1894, D., 94, 2, 233.

trouver quelquefois en conflit avec l'autorité maritale, nous étudierons ces points spécialement.

Des mesures analogues de protection existent d'ailleurs dans presque toutes les législations en faveur des prodigues et des faibles d'esprit.

Cependant le moyen que l'on emploie pour les empêcher de se ruiner n'est pas toujours le même. C'est ainsi que souvent l'on a recours à l'interdiction, ce qui porte à leur liberté une bien plus grande atteinte que le conseil judiciaire qui leur est donné en France. On agissait déjà ainsi dans le droit romain.

Cependant de graves discussions se sont élevées dans les temps modernes à propos de l'opportunité qu'il y avait d'édicter de pareilles mesures de protection en faveur des prodigues.

Ces discussions, qui avaient déjà éclaté au sein des rédacteurs du Code civil et que nous indiquerons dans notre historique, ont été postérieurement reprises avec la plus grande vivacité par certains économistes modernes qui prétendent que de telles mesures sont inutiles et même nuisibles.

Cependant la nomination de conseil judiciaire pour cause de prodigalité a pour elle l'expérience de plusieurs siècles qui ont démontré son utilité. Et, d'ailleurs, malgré ces objections très vives, il y a actuellement une tendance fort remarquable de la jurisprudence à aggraver l'incapacité du prodigue ou du faible d'esprit, en augmentant par contre les pouvoirs du conseil qui leur a été donné, et à conférer à ce dernier un pou-

voir spécial, lui permettant d'accomplir dans leur intérêt certains actes qu'ils refusent de faire. Cette augmentation très sensible des pouvoirs du conseil tend de plus en plus à rapprocher des interdits les individus en puissance de conseil.

Notre but, dans cette étude, sera d'examiner le rôle que le Code civil a donné au conseil. Nous étudierons quels sont ses pouvoirs, ses devoirs et sa responsabilité; de quelle manière il doit exercer ses fonctions. Et comme le Code civil se montre excessivement bref à cet égard, presque toute cette théorie sera l'œuvre de la doctrine ou de la jurisprudence. Nous constaterons donc les modifications que la jurisprudence a apportées à ses fonctions et nous indiquerons dans quelles limites elle lui accorde le pouvoir d'agir seul et enfin quelles sont ses tendances actuelles.

Cependant, pour être complet, nous croyons utile, avant d'entrer dans l'étude de notre droit actuel, d'indiquer sommairement les fonctions du conseil judiciaire dans notre ancien droit et du curateur à Rome, ce sera l'objet de notre chapitre historique.

CHAPITRE PREMIER

Historique

DROIT ROMAIN

L'institution du conseil judiciaire n'a pas son origine dans le droit romain. Sans doute, à Rome, les prodiges et les faibles d'esprit étaient l'objet de mesures destinées à les empêcher de dissiper leur patrimoine, mais pour obtenir ce résultat on les interdisait et on les plaçait en curatelle.

L'interdiction des prodiges existait à Rome bien avant la rédaction de la loi des Douze-Tables; tous les auteurs sont d'accord sur ce point et pensent que les décemvirs, selon toute apparence, n'innovèrent pas ou peu sur ce point, mais se contentèrent de faire la confirmation législative d'une coutume antérieure, cela ressort de deux textes, l'un de Paul (1) et l'autre d'Ulpien (2).

Mais cette curatelle, telle qu'elle existait alors, présentait des caractères particuliers qu'elle n'aura plus

(1) *Paul, Sent.*, III, t. IV, § 7.

(2) *Ulpien*, l. I; *De curat. furios.*, l. XXVII, t. X, D. : *lege XII tabularum prodigo interdicatur suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est.*

à l'époque classique. Dans les sociétés primitives, l'individu ne compte guère, car les droits sont collectifs et non individuels, aussi la protection organisée n'a pas pour but de venir au secours des particuliers dans leur intérêt personnel, mais est uniquement destinée à protéger la famille et à la défendre contre ceux qui l'entraîneraient à la ruine par un penchant contre lequel leur volonté ne sait pas résister.

Pour des motifs d'ordre politique et religieux, car la perpétuité de la famille était dominée par celle du culte domestique, on veut conserver à la famille et à la *gens* les biens qui proviennent de la famille et de la *gens*, dont le prodigue est, en quelque sorte, le dépositaire et l'administrateur et qu'il doit rendre intacts.

Aussi l'interdiction n'est-elle prononcée que contre ceux qui dissipent les *bona paterna avitaque* qui sont les biens provenant de la succession légitime d'un père ou d'un ascendant mâle, et celui qui a acquis des biens par son industrie ou son travail en conserve toujours la libre disposition, de même s'il les a recueillis par testament.

Leur dissipation n'appauvrit pas la famille, mais l'empêche seulement de s'enrichir, on ne lui accorde donc pas le droit de critiquer de tels actes.

Il en résulte qu'il n'y avait d'autres curateurs légitimes que les agnats et les gentils, parce qu'eux seuls étaient intéressés à conserver les biens dans la famille et que la curatelle consistait plutôt un droit pour eux qu'une charge.

Et tout naturellement les titulaires de ces droits vont être investis de grands pouvoirs, sinon sur la personne, au moins sur les biens de l'incapable, c'est ce que l'on exprime en disant qu'ils étaient *loco domini* vis-à-vis de ces derniers.

Le prodigue en était dessaisi et, vis-à-vis d'eux, ses curateurs avaient, en son lieu et place, non seulement les pouvoirs de les administrer et de les conserver, mais aussi celui d'en disposer.

De même, on croit, toujours à cette première époque du droit romain, qu'ils n'étaient tenus d'aucune obligation proprement dite, mais astreints à certains devoirs, réglés par la coutume alors si puissante dans la famille et la *gens* romaines, et qu'aucune loi ne venait garantir.

Leur exécution trouvait sa sanction d'abord dans la religion, puis ensuite dans les censeurs chargés de veiller spécialement à son observation.

« Ils étaient tenus moralement, la *fides* leur faisait un devoir d'exercer leurs droits dans l'intérêt de la famille, de subvenir à l'entretien de l'incapable, de n'aliéner ses biens qu'en cas de nécessité, de restituer, de rendre compte ; quand ils manquaient à ce devoir, ils agissaient *perfide, contra bonam fidem*, mais cela était rare (1) ».

Mais cette interdiction, qui avait pour fondement

(1) Voir l'article de M. Girardin dans la *Nouvelle revue historique*, année 1899, p. 13.

l'intérêt de la famille civile et qui était organisée dans l'intérêt des curateurs, laissait sans protection une grande quantité de prodiges, ce fut pour eux que le prêteur créa la curatelle dative.

Cette institution se justifia par d'autres considérations qui sont : l'intérêt de la société pour qui le prodigue ruiné peut devenir un élément de désordre et une cause de trouble, et surtout un sentiment de commisération pour la personne même du prodigue. L'État s'estime tenu d'un devoir de protection envers ceux qui ne savent pas se défendre contre leurs propres entraînements.

Puis, peu à peu, la forte constitution de la famille primitive se perdit et les Romains n'attachèrent plus aucune importance à la grandeur et à la puissance de la *gens* qui n'existait plus que de nom, et en même temps les idées qui avaient présidé à la création de la curatelle dative prirent une plus grande importance par suite du développement de la civilisation et de l'adoucissement des mœurs.

Il en résulta que la curatelle du prodigue cessa d'être un droit absolu pour le curateur pour devenir, en toutes circonstances, une charge destinée à protéger le prodigue que l'on considère volontiers comme un individu malade. Et, en même temps, tout en laissant aux curateurs de grands pouvoirs sur la fortune de l'incapable, on va peu à peu limiter et restreindre leurs droits de disposer.

C'est à peu près à la même époque que se trouva

créée la curatelle du *mente captus*, c'est-à-dire du faible d'esprit.

Étudions donc à cette époque fertile en renseignements les obligations, les fonctions et les pouvoirs du curateur.

La curatelle est devenue une charge publique, une fonction civile, à l'exercice de laquelle tous les citoyens romains sont intéressés, de sorte que le curateur nommé ne peut refuser d'exercer ses fonctions que s'il peut faire valoir et accepter par le magistrat des excuses légitimes et admises comme telles par la loi.

Une fois nommé, le curateur, avant d'entrer en fonctions, a deux obligations principales à remplir : donner caution et faire inventaire. Justinien ajouta à cela le serment sur les Évangiles.

La caution doit être fournie par les curateurs légitimes, ce qui ne se serait pas compris dans l'ancien droit, lorsque la curatelle était organisée dans leur intérêt, et seuls les curateurs nommés *ex inquisitione* peuvent en être dispensés, parce que l'enquête est considérée comme une garantie suffisante de solvabilité et de capacité. Elle a pour but de garantir l'incapable des suites de la mauvaise administration de son curateur.

La seconde obligation était imposée autant dans l'intérêt du curateur que dans celui du prodigue; l'inventaire fixait, en effet, la fortune de l'incapable et le curateur ne risquait pas d'être condamné, à l'expi-

ration de son mandat, à rendre plus qu'il n'avait reçu.

Aussitôt après l'inventaire, l'obligation de conserver, de gérer et de faire fructifier le patrimoine de l'incapable s'imposait au curateur. De ce principe général découlent des obligations particulières nombreuses qui varient suivant les circonstances de la pratique, mais que l'on peut grouper en actes que le curateur peut ou doit faire et actes qui lui sont interdits.

Le curateur doit faire lui-même, dans l'intérêt du prodigue, tous les actes qui sont nécessaires à l'administration, tels que baux aux conditions déterminées par les lieux et réparations nécessaires aux biens qui n'ont pas été vendus.

Il doit veiller à ce que les successions, donations entre vifs ou *mortis causa* d'un avantage évident pour le prodigue soient acceptées, et de même qu'il a fait inventaire des biens qui constituaient le patrimoine du prodigue à son entrée en fonctions, il doit aussi faire inventaire de tous ceux qui sont acquis pendant la curatelle.

Il doit faire tomber, sur sa demande, les aliénations et les obligations ruineuses consenties avant la curatelle par l'incapable.

Il doit exercer les créances du pupille et il a un délai de six mois pour placer les sommes dues en entrant en fonctions et deux mois pour celles qui deviennent exigibles pendant le cours de la curatelle.

S'il néglige de les employer dans ces délais, il devient comptable des intérêts vis-à-vis du prodigue.

Il peut payer les dettes et, en principe, peut faire tous les actes relatifs à l'administration du patrimoine et, par conséquent, les actes faits de bonne foi obligent l'interdit.

Cependant si tous les actes que le curateur fait obligent le prodigue, il en est certains dont il se vit peu à peu retirer la libre disposition.

Dans l'ancien droit, il avait le pouvoir de modifier à son gré le patrimoine de l'incapable, de changer à sa volonté les meubles en immeubles ou réciproquement ; ce pouvoir parut exorbitant dans le droit classique, Septime Sévère prohiba l'aliénation des fonds rustiques et suburbains (1) et Constantin défendit la vente des biens appartenant à l'incapable, à moins que le curateur ne se trouve en présence d'une nécessité absolue (2). Et, dans ce cas, il devait saisir de sa demande le magistrat compétent qui, après enquête, décidait, dans un décret, s'il y avait lieu d'autoriser la vente.

Le curateur était obligé de se renfermer dans les limites du *decretum*, et toute vente faite en fraude de cette prohibition était nulle, et le prodigue pouvait revendiquer la chose contre son possesseur.

(1) Loi 1, § 1 et 2, D., *De rebus. eor. qui sub. tutela vel cura.*, 27, 9.

(2) Loi 4, Code, *Quando decreto*, 5, 72 ; Loi 22, Code, *De adm. int.*, 5, 27.

Quant aux aliénations rentrant dans les limites de l'administration, le curateur pouvait toujours les faire ; mais il lui fut toujours défendu d'affranchir un esclave et de donner, à moins que ce ne fussent de petits présents faits dans l'intérêt de l'incapable et conformes aux usages et à sa situation.

Il arrivait, à Rome, que l'on nomma plusieurs curateurs, mais, le plus souvent, pour assurer l'unité de gestion, on ne chargeait que l'un d'eux de l'administration, soit celui qui avait fourni caution, lorsque les autres ne l'avaient pas fait, soit celui que ses collègues choisissaient, soit encore celui que le magistrat désignait, de préférence aux autres, parce qu'il lui inspirait plus de confiance.

D'autres fois, l'administration se trouvait divisée entre tous les curateurs, alors chacun administrait ce qui était particulièrement affecté à sa garde.

Lorsque les fonctions ne sont pas divisées, si l'un des curateurs commet une faute personnelle dans sa gestion, cette faute engage la responsabilité des autres qui ont, il est vrai, chacun un recours contre celui qui a causé le dommage.

Les actes accomplis par le curateur, dans les limites de ses pouvoirs, étaient valables ; mais, à proprement parler, en agissant ainsi, il ne représentait pas le prodigue dont il administrait les biens.

En effet, d'après les principes du droit romain, on n'était valablement représenté que par son fils ou par ses esclaves et les actes réputés faits par tout autre

mandataire n'étaient pas réputés faits par le mandant, mais par le mandataire.

Il en résultait que tous les droits et tous les actes de gestion restaient attachés à la personne du curateur. C'était lui qui devenait créancier ou débiteur, et non pas l'interdit, les tiers n'avaient pas affaire au prodigue et, lorsque la gestion avait pris fin, le prodigue ou son héritier n'avait affaire qu'au curateur.

Le droit prétorien vint apporter un remède à cette situation qui avait de nombreux inconvénients, et, dès la fin du second siècle, on admit que les actions, nées de l'administration du curateur, seraient données au prodigue ou contre lui sous forme d'actions utiles, après que la curatelle aurait cessé.

De même, dans le principe, il était impossible, au moins *per legis actiones*, de plaider *alieno nomine*. Mais, lorsque les *judicia legitima* eurent disparu, on admit à paraître en justice ceux qui avaient mission publique de représenter certains incapables. Ce ne fut probablement que lorsqu'on fut autorisé à plaider par *cognitor* que les curateurs purent représenter ceux dont ils étaient chargés d'administrer les biens.

On a dit que le curateur du prodigue, à l'époque classique, avait non seulement un pouvoir d'administration, mais aussi un droit d'autorisation, qu'il pouvait donner son *consensus* aux actes du prodigue, de même que le curateur du mineur de 25 ans. Ce *consensus* se distingue de l'*auctoritas* du tuteur en ce sens qu'il n'exige ni parole solennelle ni la présence

du curateur dans l'acte; il peut se donner par lettre. Il aurait une grande analogie avec l'assistance que donne notre conseil judiciaire.

Mais aucun texte ne vient confirmer cette opinion, qui est aujourd'hui abandonnée par la majorité des auteurs (1). Le prodigue de l'ancien droit avait été assimilé au fou; or, pour le fou, il n'a jamais été question de donner un *consensus*, ses actes sont valables s'ils sont accomplis dans un intervalle lucide, ou absolument nuls s'ils émanent d'une époque où il est en état de démence. Le curateur du prodigue ou du *mente captus* n'a pas eu d'autres fonctions que celui du fou, et n'a pas davantage à donner de *consensus*.

Ce fait que le prodigue ne pouvait, même avec le *consensus* du curateur, rendre sa condition pire, exagérerait inutilement la conséquence de son interdiction.

Cela était trop rigoureux et portait une atteinte trop forte à la liberté et à la personnalité du prodigue. Aussi, trois siècles et demi après Justinien, l'empereur Léon, dans une constitution semée de théories philosophiques et humanitaires, autorise le prodigue à faire tous les actes utiles à ses affaires, et déclare qu'ils seront maintenus quand il n'y aura aucune trace de prodigalité.

Cette constitution de Léon le Philosophe, qui assu-

(1) Voir M. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, livre II, ch. V, p. 218; M. Audibert, *Étude sur l'histoire du droit romain, La prodigalité et la folie*, p. 231 et suivantes.

rait une plus grande liberté au prodigue, ne dut guère avoir d'effet, car il ne semble pas possible que l'on put traiter de la sorte, avec sécurité, avec les prodigues.

On voit par là quelle puissance les curateurs romains avaient sur leurs pupilles, et combien leurs fonctions étaient différentes de celles que notre Code civil a données aux conseils judiciaires qui ne représentent jamais les incapables dont ils ont la garde, mais se contentent de donner leur assistance pour contrôler leurs actes.

Cette façon de traiter les faibles d'esprit et les prodigues était beaucoup trop rigoureuse, et avait le grand tort de leur enlever toute personnalité.

DROIT ANCIEN

Malgré ses rigueurs, l'interdiction des prodigues et leur curatelle subsista, à peu près telle qu'elle existait dans le droit de Justinien, dans les pays qui conservèrent les règles du droit romain, c'est-à-dire dans ceux que l'on désigne sous le nom de pays de droit écrit.

Ce furent les provinces méridionales de la France : Guyenne, Languedoc, Provence, Dauphiné, Lyonnais, Beaujolais, Forez et Auvergne.

Les pays qui résistèrent, au contraire, à l'introduction du droit romain et qui sont désignés sous le nom de pays coutumiers, adoptèrent, lorsque les études

de droit romain revinrent en honneur, au moins en principe, la théorie romaine relative à l'interdiction des prodiges, parce que la plupart des coutumes étaient muettes sur cette question.

Cependant, les règles romaines ne furent pas uniformément adoptées; et, d'autre part, les jurisconsultes des pays coutumiers trouvèrent que l'interdiction du prodigue, qui lui faisait perdre sa capacité entière, était une mesure souvent bien rigoureuse. Et il ne tarda pas à régner en France, en cette matière, une grande variété de décisions.

C'est ainsi que le prodigue put être mis en interdiction générale comme le fou, et, dans ce cas, il est assimilé au mineur et perd, par conséquent, toute capacité. Sa situation est semblable à celle de l'ancien prodigue du droit romain mis en curatelle, à qui on peut le comparer. Ou encore on se contentait de lui interdire spécialement certains actes.

Dans ce dernier cas, le juge, en prononçant la sentence, en limitait les effets. De là résultait une grande diversité de dispositions, car les circonstances qui déterminaient l'interdiction variant souvent, la décision du magistrat s'inspirant des besoins spéciaux variait dans les mêmes limites.

Ainsi, à ceux qui se ruinaient par des aliénations successives, on interdisait la faculté de disposer; à ceux qui avaient la coûteuse manie des procès on interdisait de plaider; à d'autres, de bâtir ou de s'obliger.

Notre ancien droit ne se borna pas à cela, il autorisa encore le juge à nommer au prodigue un conseil, sans l'assistance duquel il ne pouvait pas accomplir certains actes limitativement désignés, au lieu de l'interdire d'une façon générale ou spéciale.

Souvent même le juge ne se bornait pas à nommer une seule personne pour remplir ces fonctions, mais il en nommait plusieurs, et l'incapable était obligé de demander l'assistance de toutes pour accomplir les actes qui lui avaient été désignés.

C'est ainsi qu'en l'absence de dispositions légales formelles, les juges cherchaient à pourvoir aux différentes exigences des situations par des moyens appropriés à chaque circonstance.

Mais, cette diversité de moyens employés nous amène à ce résultat que les pouvoirs des curateurs des prodigues vont varier suivant que l'interdiction sera spéciale ou générale. Et, lorsqu'il s'agira de conseils, les principes ne seront plus les mêmes.

Pour le curateur, les règles du droit romain se sont continuées dans notre ancien droit avec peu de changement. Il doit toujours prêter serment, et quelques coutumes exigent qu'il donne caution.

Sa mission consiste à administrer et à gérer la fortune de l'incapable, et tout ce qu'il fait par rapport à l'administration des biens du prodigue, a la même valeur que s'il en était le véritable propriétaire : mais ses pouvoirs ne s'étendent pas au delà de ceux d'un administrateur. Quant à l'interdit, il ne peut

passer aucun acte de la vie civile et ceux qu'il a accomplis sont nuls même en l'absence de toute lésion.

Mais ces règles ne s'appliquaient pas indifféremment à tous les curateurs, car le nombre des interdictions spéciales alla toujours en augmentant, et, pour ces dernières, c'est la sentence du juge qui détermine les actes que l'on interdit à l'incapable, et les fonctions du curateur se trouvent absolument limitées à cette décision.

A plus forte raison, ces règles ne s'appliquent pas non plus au conseil qui, lui, n'a aucun pouvoir d'administrateur, mais qui est seulement placé à côté du prodigue pour lui donner son assistance.

Dans cette hypothèse, ce n'est pas le conseil qui agit personnellement, comme le fait le curateur de l'interdit, mais c'est l'individu pourvu du conseil qui accomplit lui-même les actes juridiques, et celui-ci n'est là que pour lui donner un complément de capacité nécessaire, pour que l'acte ne soit pas atteint de nullité, et cela seulement dans les cas énoncés par la sentence qui l'a nommé.

Cette dernière façon de faire se généralisa de plus en plus, et nous savons, par les anciens auteurs, que, dans notre ancien droit, l'interdiction pour cause de de prodigalité devint de plus en plus rare, tandis que la nomination de conseils devenait de plus en plus fréquente. C'est ce dernier système qui sera consacré par notre Code civil avec quelques modifications.

DROIT INTERMÉDIAIRE

A la Révolution, l'interdiction pour cause de prodigalité existait toujours, bien que, le plus souvent, dans la pratique, on se contentât de donner un conseil à celui que l'on voulait protéger. Comment disparut-elle du droit français ?

On a soutenu que ce fut sous la législation intermédiaire qu'elle avait été abrogée. A cette époque troublée, le principe de la liberté ne tarda pas à engendrer des licences, et, dans la pratique, l'interdiction pour cause de prodigalité devait difficilement pouvoir se maintenir ; mais fut-elle abrogée véritablement ?

Nous ne le croyons pas, et la majorité des auteurs partage cet avis qui a du reste été exprimé par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 juin 1810 (1).

Les auteurs qui soutiennent l'opinion contraire invoquent l'article 13 de la loi du 5 fructidor an III, qui déclare que l'exercice des droits de citoyens est suspendu par l'interdiction judiciaire pour cause de démence ou d'imbécillité.

Le prodigue n'est pas cité dans cet article, et on en a conclu que l'interdiction pour cause de prodigalité n'existait plus.

Mais si l'on remarque que cette loi est rangée dans

(1) Voir Sirey chronologique.

le titre de l'état politique des citoyens, la seule conclusion certaine que l'on peut en tirer est que l'on n'avait pas l'intention de priver de ses droits politiques celui qui avait été interdit pour cause de prodigalité.

Un autre argument tiré du procès-verbal de la séance du quatrième jour complémentaire de l'an IV n'est pas plus probant, parce que ce procès-verbal ne s'exprime pas clairement sur cette question, il ne la résout donc pas (1).

Cependant, deux lettres messives du ministre de la justice en date, l'une du 1^{er} frimaire an VII, et l'autre du 7 vendémiaire an VIII, déclarent que dans l'état où se trouve la législation, l'interdiction ne peut plus avoir lieu que pour les cas de démence ou d'imbécillité. Mais ces deux lettres ne font que constater la pratique de cette époque sans nous en indiquer la législation (2).

Ce fut donc le Code civil qui abrogea l'ancienne interdiction du prodigue et qui la remplaça par la dation d'un conseil judiciaire, mesure qu'il appliqua aussi à la faiblesse d'esprit.

C'est dans le chapitre III du titre XI de notre Code que se trouve contenue toute la législation relative à ce sujet, auquel s'ajoute l'article 499 relativement aux faibles d'esprit. Et ce sont dans les articles 499 et 513,

(1) Voir Merlin au mot *Prodigue*, § 7.

(2) Voir Merlin au mot *Prodigue*, § 7.

ce dernier n'étant, du reste, que la reproduction du premier, que nous trouvons délimitées les fonctions du conseil judiciaire, la capacité du prodigue et du faible d'esprit restera toujours pleine et entière lorsqu'il ne s'agira pas d'actes prévus par ces articles.

La rédaction définitive de ces textes ne se fit pas d'ailleurs sans de sérieuses difficultés et de vives discussions.

Lorsque l'on examina la question de l'interdiction à appliquer au fou, on sentit qu'il serait inique d'infliger à celui qui n'était atteint que de faiblesse d'esprit, une incapacité aussi complète que celle que l'on donnait à celui qui était atteint de fureur ou de démence. C'est alors que l'on rédigea l'article 12 du projet qui est devenu l'article 499 du Code civil. Cela n'avait souffert aucune difficulté, mais il n'en fut pas de même lorsque l'on proposa d'adopter la même mesure en faveur du prodigue.

Le premier projet du Code civil de l'an VIII n'en parlait pas (1); il en était de même de celui qui fut mis, quatre années plus tard, en discussion devant le Conseil d'Etat.

Dans le premier se trouvait simplement un chapitre dû à Malleville et qui traitait du conseil volontaire : c'était l'article 40 du projet. Il aurait permis à celui qui aurait senti l'affaiblissement de ses facultés in-

(1) Voir Locré, t. VII, p. 326 et 334; Fenet, t. IX, p. 684 et 692.

tellectuelles de demander la protection du conseil. Ce système spécial était inacceptable; aussi fut-il rejeté.

Presque tous les tribunaux d'appel signalèrent cette lacune dans leurs observations sur le projet, et beaucoup se montraient même favorables au rétablissement de l'ancienne interdiction, ou demandaient au moins la création du conseil judiciaire.

Le système de l'interdiction proposé au Conseil d'État fut vivement attaqué. Tronchet se montra particulièrement hostile à toute protection accordée au prodigue. Et cela, parce que, par sa nature, la prodigalité est difficile à définir et donne lieu à des décisions arbitraires; que la demande d'interdiction pour prodigalité est peu intéressante, si elle vient d'un collatéral, et odieuse si elle vient de la femme ou des enfants; enfin, que l'État n'a pas d'intérêt à l'interdiction des prodigues, que leur ruine ne diminue pas la masse des richesses nationales.

Portalès, Boulay et d'autres réfutèrent avec beaucoup de sens ces arguments. Portalès soutenait que la société avait le devoir de protéger les individus contre eux-mêmes et que le dissipateur ruiné pouvait devenir un homme dangereux pour l'État.

On discuta plusieurs systèmes de conciliation, Bigot-Préameneu et le consul Cambacérès émirent le vœu que l'on permit aux juges de donner un conseil judiciaire au prodigue.

Ce projet fut renvoyé à la commission qui l'adopta, et remplaça le chapitre du conseil volontaire par celui

du conseil judiciaire. Ce moyen avait déjà été adopté pour le faible d'esprit, et c'est pour cela que l'article 513 se trouva copié sur l'article 499.

Ces dispositions furent adoptées par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 frimaire an XI, et ne furent que peu modifiées et complétées par le Tribunat.

C'est ainsi que le conseil judiciaire, qui concilie le mieux possible l'intérêt de l'individu, de la famille et de la société avec le principe de la liberté individuelle et le droit de propriété, remplaça définitivement dans notre droit l'ancienne interdiction du prodigue et du faible d'esprit.

CHAPITRE II

Choix du Conseil judiciaire

Les articles 499 et 513 du Code civil, avons-nous dit, permettent de nommer un conseil judiciaire au faible d'esprit et au prodigue, sans l'assistance duquel ils ne peuvent faire certains actes énumérés dans les mêmes articles.

Ainsi que l'indique le terme même qui sert à désigner ce curateur spécial, c'est le tribunal qui prononce sa nomination. Il est même certain que le tribunal, lorsqu'il veut confier une telle charge, est libre de choisir qui il lui plaît pour la remplir, et que s'il lui arrive de prendre l'avis du conseil de famille avant de se déterminer dans son choix, cet avis est seulement destiné à l'éclairer, mais ne le lie en rien et il n'est pas obligé de le suivre.

C'est donc à tort qu'une telle nomination a été autrefois confiée par un arrêt de Riom (1) à un conseil de famille. Cet arrêt, du reste, n'a pas fait jurisprudence.

La loi veut que les juges restent souverains maîtres d'une telle décision, car il est à craindre que, en

(1) Riom, 4 mai 1825 ; v. Dalloz, *Interdiction*, n° 256.

confiant une telle nomination aux parents, ceux-ci ne se laissent guider par leur propre intérêt, qui est de ne pas voir diminuer le patrimoine qu'ils ont l'espérance de voir leur revenir un jour. Pour cela, ils choisiraient le conseil parmi eux, et celui-ci opposerait son veto à toute aliénation, fût-elle nécessaire, de crainte de voir diminuer la fortune du prodigue dont il a la garde (1).

Il n'y a donc pas dans notre droit, comme cela existe pour la tutelle, de conseil judiciaire légitime, de sorte que le père n'est pas de droit conseil de son fils faible d'esprit ou prodigue; de même, il ne peut être donné de conseil judiciaire testamentaire, c'est-à-dire que le dernier mourant des père et mère ne peut, dans son testament, faire un tel choix.

Nous avons déjà dit que l'on peut nommer un conseil judiciaire à une femme mariée, et, d'autre part, il est évident que le mari peut, lui aussi, être l'objet d'une telle mesure. On s'est demandé si les règles qui se trouvent écrites au Code civil dans l'article 506 : « Le mari est, de droit, tuteur de sa femme interdite », et dans l'article 507 : « La femme pourra être nommée tutrice de son mari », ne devaient pas être appliquées en pareille circonstance au conseil judiciaire? Nous ne le pensons pas.

Le mari pourra souvent être nommé conseil judi-

(1) Voir arrêt Cour d'Amiens, 23 thermidor an XIII; Sirey, 1807, 41, 864.

ciaire, de préférence à un étranger, lorsque les circonstances le permettront; mais ce ne^t sera pas forcément lui qui sera choisi. Et nous repoussons l'opinion admise par la Cour de Nancy (1) qui semblerait vouloir en faire le conseil légal de sa femme. Cela ne peut pas plus exister qu'un conseil légitime ou testamentaire. Il y aura souvent un grand intérêt à nommer un tiers aux lieu et place du mari, surtout lorsque cette nomination sera faite pour mettre un frein à la prodigalité de la femme. Car trop souvent ce dernier sera l'instigateur et le complice de ses prodigalités; en le chargeant de la retenir sur cette pente fatale, il serait trop à craindre qu'une telle mesure fût illusoire (2).

Quant à la femme, elle ne pourra jamais être nommée conseil de son mari, ce sera toujours un tiers. La dation de conseil judiciaire ne touche, en effet, en rien à la puissance maritale, et la femme est toujours astreinte à l'autorisation. Il y aurait une contradiction évidente entre ce fait et l'assistance qu'elle donnerait à son mari. La situation n'est pas du tout la même que lorsque le mari est interdit: dans cette dernière hypothèse, en effet, la puissance maritale est totalement suspendue, et la femme peut agir seule sans le consulter (3).

(1) Nancy, 3 décembre 1848; D., *rép.*, v. *Interdiction*, n° 231.

(2) Voir arrêt de Poitiers, 18 mai 1881, S., 83, 2, 8.

(3) Voir en ce sens jugement du Tribunal de Semur du 16 jan-

Ainsi donc, ce sera toujours le tribunal qui choisira la personne à nommer avec la plus grande liberté. Ce sera, soit un parent, s'il offre les garanties désirables, soit, le plus souvent, un étranger, car ce dernier sera plus indépendant et respectera mieux les droits de celui dont il a la garde.

Il est d'usage, en pareille circonstance, de choisir une personne exercée dans la pratique des affaires, telle qu'un avoué, un notaire, ou un avocat, et cela pour sauvegarder plus efficacement l'incapable.

Dans notre ancien droit, il était de tradition de choisir un avocat, c'est même de cette habitude qu'est venue la dénomination de conseil, car c'est ainsi que s'appelait autrefois l'avocat d'un plaideur. Cette expression s'est encore conservée dans le même sens, mais aujourd'hui les tribunaux ne choisissent plus forcément un avocat pour assister un prodigue ou un faible d'esprit.

Dans notre ancien droit, le tribunal pouvait aussi, à son gré, nommer un ou plusieurs conseils judiciaires. En est-il de même de nos jours ?

Depuis la rédaction du Code civil, il n'y a guère que M. Toullier qui ait soutenu cette opinion (1).

Ce serait, en effet, aggraver singulièrement l'incapacité d'un prodigue ou d'un faible d'esprit que de

vier 1861, Sir., 62, 2, 234, et *contra* : Rolland de Villargues, *Répertoire du notariat*, au mot *Cons. judic.*, n° 19.

(1) Voir M. Toullier, II, n° 1363.

lui donner plusieurs conseils, dont il serait obligé chaque fois d'obtenir l'assistance, lorsqu'il voudrait faire l'un des actes qui lui sont interdits par les articles 499 et 513. Aussi, comme aucun texte ne vient à l'appui de cette opinion, nous estimons qu'il n'y a lieu de nommer qu'un conseil. D'ailleurs, il est remarquable que, partout, le Code civil exige l'unité de la personne chargée de gouverner un incapable. C'est ainsi qu'il veut l'unité du tuteur comme l'unité du curateur. La majorité des auteurs se range d'ailleurs à notre opinion.

La personne qui a été nommée par le tribunal pour assister un faible d'esprit ou un prodigue, est-elle obligée d'accepter ces fonctions ou peut-elle les refuser ? Cette question est encore controversée de nos jours.

Une partie importante de la doctrine soutient que le conseil judiciaire nommé par le tribunal ne peut refuser de remplir ses fonctions (1). Il en était ainsi à Rome pour le curateur du prodigue, comme nous l'avons dit dans notre *Historique*, qui ne pouvait se soustraire à sa charge que s'il avait des causes d'excuses légitimes.

Le principal argument des partisans de cette doctrine est que les fonctions de conseil judiciaire sont

(1) Voir en ce sens Demante, t. II, n° 350 bis, § 2 ; Laurent, n° 330, et un arrêt de la Cour de Rennes du 14 août 1828 ; Dal., *Rép.*, voir *Interdiction*, n° 281.

une charge publique, et que la loi qui a créé cette charge dans un intérêt général ne peut pas se trouver inexécutable par suite du mauvais vouloir de ceux à qui on veut la confier.

Ils invoquent aussi l'analogie qui existe entre les fonctions de conseil judiciaire et celles de tuteur et de curateur. Il est certain que la tutelle du mineur ou de l'interdit est une charge publique obligatoire. Nous trouvons, en effet, dans le Code, toute une section consacrée aux causes qui en dispensent. On admet aussi généralement que la curatelle du mineur émancipé est obligatoire, bien qu'aucun texte ne vienne le décider d'une façon absolue.

Cependant nous ne croyons pas que les fonctions de conseil judiciaire soient obligatoires, et celui qui est nommé conseil par un tribunal ne sera jamais, à notre avis, obligé d'accepter.

Il y a trop de différence entre l'institution du conseil judiciaire et la tutelle pour qu'on puisse les comparer. Le conseil judiciaire est une sorte de mandataire nommé par le tribunal auprès du prodigue, et, comme tout mandataire, il est libre de refuser ou d'accepter sa mission.

Pour rendre une charge de ce genre obligatoire, il faudrait une disposition formelle de la loi ; or, nous l'avons déjà dit, le Code n'exprime nulle part une telle obligation et n'examine pas davantage quelles seraient les causes d'excuses que le conseil pourrait invoquer. Cette opinion était déjà celle de notre an-

cien droit et puisque le Code civil n'a rien innové sur ce point, il faut s'en tenir à la tradition, qui a aussi ses nombreux partisans en doctrine (1).

(1) Voir en ce sens Demolombe, n° 710 ; Aubry et Rau, liv. I^{er}, § 139 , texte et note 3.

CHAPITRE III

De l'Assistance du Conseil judiciaire

La mission du conseil judiciaire est de protéger le faible d'esprit contre son manque d'intelligence et de retenir le prodigue dans ses dissipations.

Pour cela, la loi exige l'assistance du conseil dans tous les actes importants de la vie civile, dont l'énumération est faite dans les articles 499 et 513. Si ces actes ont été accomplis sans lui, ils pourront être annulés sur la demande de l'incapable, et de la sorte ce dernier pourra obtenir réparation du préjudice qui lui a été causé. Cette nullité n'est pas absolue, mais n'existe que dans l'intérêt des personnes pourvues d'un conseil. De là, il résulte que ces personnes seules ou leurs héritiers et ayants cause auront le droit de s'en prévaloir, mais que les personnes ayant traité avec elles ne pourront la demander.

Cette sanction assure efficacement la protection des personnes en puissance de conseil judiciaire, car les tiers qui voudront traiter avec elles ne manqueront jamais d'exiger qu'elles se fassent assister, dans la crainte de voir annuler, dans la suite, les actes qu'elles auront passés sans cette assistance.

Ce mot d'assistance implique une idée de participa-

tion à l'acte, mais en même temps une absence d'initiative de la part du conseil judiciaire. Ce sera toujours la personne assistée qui sera l'auteur principal, et le conseil ne sera là que pour lui donner une capacité suffisante pour rendre l'acte valable.

Par là, on voit combien sont différentes les fonctions d'un conseil judiciaire de celles du tuteur ou du curateur d'un interdit. Il n'a pas, comme eux, un pouvoir spécial lui permettant de représenter l'incapable et d'agir à sa place.

Cette distinction était déjà faite dans notre ancien droit et le *Nouveau Denizart* s'exprime en ces termes au sujet de ces deux fonctions : « La différence caractéristique de l'une et l'autre est que le conseil ne peut pas agir pour celui à qui il est donné malgré lui, ni le forcer à faire aucun acte. Au contraire, l'interdit n'a pas le droit d'agir, c'est son curateur qui fait tout en son nom et même sans qu'il soit besoin de son consentement. Dans le premier cas, il faut que la volonté du majeur soit aidée de celle de son conseil; dans le second, la volonté de l'interdit est inutile (1) ».

Le conseil se trouve donc placé à côté du prodigue uniquement pour lui donner son assistance lorsque la loi l'exige, et l'empêcher par son *veto* de faire des actes contraires à ses intérêts. Telle était l'idée des rédacteurs du Code, mais nous verrons, dans un cha-

(1) Voir *Nouveau Denizart* au mot *Conseil* donné par justice, § 2, n° 2.

pitre spécial, que, dans certaines circonstances, la jurisprudence a trouvé ce rôle trop restreint et a donné au conseil judiciaire un pouvoir spécial lui permettant de prendre l'initiative de certains actes lorsque le prodigue se refuse d'agir.

Cette assistance suffit toujours à elle seule pour donner à l'acte toute sa validité et, dans aucun cas, il n'est nécessaire de recourir à d'autres moyens. C'est ainsi que le conseil n'a besoin d'aucune autorisation du conseil de famille, ni d'homologation du tribunal et qu'il n'y a jamais lieu à aucune formalité de justice, même lorsqu'il s'agit de vendre les immeubles de l'incapable.

La loi accorde la plus grande liberté au conseil pour refuser son assistance lorsqu'il juge l'acte dangereux pour le prodigue dont on lui a confié la garde, et ce dernier ne peut jamais le contraindre à la donner lorsqu'il la refuse (1). Le tribunal, ainsi que nous le verrons dans la suite, ne peut jamais remplacer l'assistance du conseil, et la seule solution possible, lorsqu'un conseil refuse de donner son assistance, ou se trouve empêché de la donner par suite de l'intérêt qu'il aurait dans l'acte à faire, est de le remplacer par un autre.

Cette assistance doit être désintéressée, c'est-à-dire que, pour être valable, il ne faut pas que le conseil

(1) Cass., 12 août 1868, S., 68, 1, 429; Cass., requêtes, 16 mai 1899, S., 99, 1, 500.

aît un intérêt à voir l'acte s'accomplir, car, dans une pareille situation, il pourrait mettre de la partialité dans ses conseils et ne remplirait plus la mission de protection dont il est chargé (1).

Elle doit, de plus, être spéciale, c'est-à-dire que le conseil doit la donner autant de fois que le prodigue a à traiter d'actes différents rentrant dans les prohibitions des articles 499 et 513. Cette dernière nécessité a pour conséquence d'empêcher totalement le prodigue d'être commerçant, car il est matériellement impossible au conseil de l'assister à chaque emprunt, à chaque vente, à chaque réception de capital, ces actes se faisant journellement et à tout instant dans le commerce et, ainsi que nous l'avons déjà dit, l'autorisation du tribunal ne pouvant pas remplacer le conseil, pas plus dans ce cas spécial que dans les autres.

Cette incapacité, qui atteint plus spécialement le prodigue et le faible d'esprit que le mineur contrai-

(1) Voir jug. du Tribunal de Chalon-sur-Saône, 5 décembre 1849, D., 66, 5, 261 ; du Tribunal de la Seine, 14 avril 1859, D., 66, 5, 262 ; de Dijon, 22 mars 1860, D., 1866, 7, 262 ; Angers, 3 août, D., 67, 2, 23. La jurisprudence a même été plus loin. C'est ainsi qu'un prodigue, assisté de son conseil, avait vendu un immeuble bien au-dessous de sa valeur. Quelque temps après l'acquéreur accordait hypothèque au conseil sur cet immeuble. Bien que l'intérêt du conseil ne fût pas visible au moment de la vente, la Cour de Paris l'annula parce que le conseil avait, dès le jour où l'acte a été passé, un intérêt personnel à ce que la vente eût lieu ; la Cour de cass. confirma la nullité. Cass., requêtes, 13 juin 1860, Sir., 61, 1, 238.

rement à la règle générale, n'est d'ailleurs pas nuisible en pratique, ces deux incapables étant, par leur nature même, dans une situation qui ne leur permet pas de faire le commerce, car cette profession demande généralement plus d'intelligence des affaires que n'en montrent d'ordinaire ces individus.

Ces solutions sont admises par tous les auteurs, mais ils se divisent lorsqu'ils examinent la façon dont doit être donnée l'assistance par le conseil judiciaire.

Pour certains, il suffit au conseil, pour qu'il ait rempli sa mission, de donner un simple avis, pourvu que cet avis soit spécial à l'acte à accomplir et antérieur, car s'il était donné après coup, ce serait une simple ratification d'un acte nul ; or, il est de principe que cela ne peut se faire (1).

« Le Code, dit Toullier, n'a prescrit à cet égard aucune formalité particulière que l'avis du conseil ; de quelque manière qu'il soit donné, il suffit pour la validité de l'acte (2) ».

Quelques-uns autorisent même le conseil à ratifier postérieurement un acte accompli par le prodigue, pourvu que cette ratification soit accompagnée en même temps de celle du prodigue (3).

(1) Voir en ce sens Dalloz, *Rép.*, au mot *Interdiction*, Conseil judic., n° 301 ; Toullier, t. II, n° 1330, et Duranton, t. III, n° 806 et 807.

(2) Toullier, *loc. cit.*

(3) Duranton et Dalloz, *loc. cit.*

Cette façon très large d'envisager le rôle du conseil n'a pas été admise par la majorité des auteurs, la plupart et nous sommes de leur avis, pensent que les obligations comportent quelque chose de plus complet.

En effet, le Code emploie le mot d'assistance pour désigner les fonctions du conseil, ce mot ne signifie pas donner un avis ou un simple consentement, il implique une idée de coopération de la part du conseil à l'acte même, et on peut admettre qu'il y a une grande analogie entre l'assistance du conseil et l'*auctoritas* donnée par le tuteur romain. Or, nous savons que cette *auctoritas* devait être donnée « *statim in ipso negotio præsens* ». Il faudrait donc que le conseil soit toujours présent à l'acte. C'est ce que voudrait M. Laurent (1).

Ce serait la seule façon d'assurer une protection véritablement efficace à l'incapable, car la présence de l'homme éclairé que l'on a choisi pour le guider empêchera certainement le prodigue de tomber dans bien des embûches.

Néanmoins, la jurisprudence, peut-être à cause des difficultés pratiques que présente son exécution, ne s'est pas attachée entièrement à ce système.

Elle distingue entre les actes judiciaires et les actes extra-judiciaires.

Pour les premiers, une simple autorisation préalable, fût-elle spéciale, n'a jamais été jugée suffisante,

(1) Voir M. Laurent, *Principes de droit civil*, t. V, n° 35, p. 424.

et il faut que le conseil assiste lui-même de sa personne le prodigue à l'instance. « Une simple autorisation de plaider ne saurait tenir lieu de cette assistance du conseil qui, dans les divers incidents qu'un procès peut offrir, doit habiliter le prodigue et le protéger, selon le vœu de la loi, dans les différentes phases de la procédure ». C'est ainsi que s'exprime la Cour suprême, dans un arrêt de 1876 (1).

Il faudra donc que le conseil assiste personnellement le prodigue et nous concluons de là que l'assignation doit être lancée en son nom et au nom du prodigue, de même que les tiers doivent le mettre en cause lorsqu'ils attaquent l'incapable (2).

Cette assistance devra se répéter en appel comme en première instance (3) et aussi en Cour de cassation, et les tiers seront fondés de repousser par une fin de non-recevoir une assignation qui aurait été lancée contre eux, si elle n'est pas faite au nom du conseil et du prodigue.

Pendant, il a été jugé que la procédure n'était pas nulle par cela seul que le conseil n'avait pas été appelé au début de l'instance, que sa présence dans le cours du procès pour approuver ce que fait le prodigue suffisait pour valider la procédure (4).

(1) Voir arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} février 1876, S., 76, 4, 153.

(2) Voir MM. Aubry et Rau, t. I, § 139, p. 509.

(3) Voir arrêt de Besançon, 1851, D., 51, 2, 61.

(4) Paris, 12 décembre 1861, D., 62, 5, 186.

Dans les actes extra-judiciaires, la jurisprudence se montre beaucoup plus large, elle se contente d'une autorisation séparée, pourvu que cette autorisation soit antérieure et qu'elle précise les caractères de l'opération qui doit être faite et les principales clauses et conditions sous lesquelles cette opération doit avoir lieu. MM. Aubry et Rau acceptent cette façon de faire à laquelle Demolombe s'était déjà rallié, bien qu'il pense que l'assistance effective du conseil soit « la plus vraie et la plus sûre (1) ».

Cela n'est pas, il est vrai, la lettre de la loi, et peut, dans la pratique, autoriser souvent une coupable négligence de la part du conseil. Cependant, il est à craindre qu'une interprétation par trop rigoureuse des textes n'entraîne de grandes difficultés et une trop grande lenteur. Aussi nous pensons que l'autorisation du conseil, si elle est donnée avant et dans des termes qui définissent bien la portée de l'acte à faire, peut être jugée suffisante.

Cette autorisation fera l'objet d'un acte spécial qui sera annexé à l'acte principal et servira à le garder de toute nullité.

Mais on ne peut considérer comme une assistance véritable la connaissance que le conseil aurait de l'acte accompli et le fait de ne pas s'y opposer.

Cependant, un acte accompli sans assistance pourra

(1) Demolombe, t. VIII, n° 755 ; Aubry et Rau, t. I, § 139, p. 870.

être l'objet d'une ratification, cela est admis par les auteurs et la jurisprudence, mais à condition que cette ratification soit faite en même temps par le prodigue et le conseil. C'est ainsi, en quelque sorte, un acte nouveau que l'on accomplit et dans lequel il y a une assistance réelle de la part du conseil.

CHAPITRE IV

Des actes pour la validité desquels l'assistance du conseil est obligatoire

La mission du conseil judiciaire ne consiste pas à assister le faible d'esprit ou le prodigue auquel on l'a nommé indifféremment dans tous les actes de la vie civile ; mais, au contraire, le législateur a fait un choix judicieux parmi tous ces actes et sa surveillance ne portera que sur ceux qu'il a jugé dangereux d'abandonner à leur discrétion.

L'énumération en est faite dans l'article 495 qui s'exprime ainsi, à propos du faible d'esprit :

« En rejetant la demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner ni grever des biens d'hypothèques sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement ».

L'article 513 a été rédigé pour le prodigue en ces termes :

« Il peut être défendu aux prodiges de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner ni de grever

leurs biens d'hypothèques sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal ».

Tels sont les textes législatifs qui limitent les fonctions du conseil judiciaire. On voit que leur rédaction est identique et que ce sont les mêmes actes qui ont été jugés dangereux pour l'un et pour l'autre incapable, malgré la grande différence qui existe entre les deux causes qui ont provoqué cette nomination.

Il en résulte que les fonctions du conseil judiciaire seront semblables, qu'il ait été nommé à un faible d'esprit ou à un prodigue ; cependant les deux situations n'ont pas la moindre ressemblance et, de plus, dans le cas de faiblesse d'esprit, il y a une infinité de degrés qui sembleraient exiger des solutions différentes. Par suite, on aurait compris que le législateur eût donné, dans une certaine mesure, un pouvoir discrétionnaire au juge pour décider, suivant les besoins, quels seraient les actes qu'il est utile d'interdire sans assistance à celui à qui on nomme un conseil.

Dans les cas les plus graves, il aurait pu augmenter ses pouvoirs en restreignant le cercle des actes que le prodigue a la possibilité de faire seul ou si, au contraire, le remède actuel lui avait paru trop puissant pour le mal, il aurait pu diminuer les prohibitions.

C'est ainsi que l'on agissait dans notre ancien droit, où, avons-nous dit, il y avait une infinité de degrés dans les différentes interdictions et dans les différentes formes de conseil qui y étaient données. Il arri-

vait même que l'on n'interdisait à une personne pourvue d'un conseil, de faire, sans son assistance, qu'un seul acte limitativement désigné, comme d'aliéner ou de plaider; et souvent une telle mesure suffisait pour refréner un penchant qui pouvait la conduire à la ruine.

Cela avait le grand avantage de proportionner le remède au mal; mais, aujourd'hui, devant les termes impératifs de la loi, il est impossible de la modifier.

Il résulte de là que les tribunaux ne peuvent augmenter les pouvoirs du conseil judiciaire, par exemple lui donner les fonctions d'administrateur séquestre, ou le charger de détenir les créances, de faire les actes d'administration, de toucher les baux, de toucher les revenus (1).

Il pourrait d'ailleurs résulter de cette façon de faire de sérieux inconvénients dans la pratique, car les personnes qui désireraient traiter avec un individu en puissance de conseil ne sauraient jamais exactement les limites de sa capacité, et seraient obligées de recourir chaque fois au jugement qui l'en a pourvu, pour savoir dans quelles mesures elles peuvent traiter avec lui, sans qu'il soit assisté.

D'autre part, si les magistrats n'ont pas la possibilité d'étendre les incapacités édictées en faveur du faible d'esprit ou du prodigue, ils ne peuvent pas davantage les diminuer et confier au conseil la mission

(1) V arrêt de Bordeaux du 27 février 1878, D., 79, 2, 210.

de les assister seulement dans certains actes qui seraient désignés dans le jugement, en leur laissant la pleine capacité pour les autres. L'inconvénient que nous venons de signaler aurait ici une moins grande importance, les tiers pourraient toujours considérer les articles 499 et 513 comme le droit commun, et il leur suffirait de se renseigner dans les autres circonstances.

Nous pouvons remarquer immédiatement que si cette énumération comprend tous les actes importants de la vie civile, elle ne touche en rien à la personne du prodigue.

Celui-ci peut donc faire tous les actes qui se rattachent au droit des personnes sans avoir à demander l'avis de son conseil. Il en était déjà ainsi dans notre ancien droit : « Celui à qui il a été nommé un conseil reste maître de sa personne ». C'est ainsi que s'exprime l'auteur du *Nouveau Denisart* (1).

Il pourra donc se marier, se donner en adoption, reconnaître un enfant naturel sans qu'il lui soit nécessaire d'être assisté. Il jouira de ses droits politiques, sauf les restrictions que des lois spéciales en ont faites (2) et pourra choisir le domicile qui lui plaira

(1) Voir le *Nouveau Denisart*, au mot *Conseil nommé par justice*, § 2, n° 6.

(2) Il ne peut plus faire partie d'un jury depuis la loi du 21 novembre 1872, ni être conseiller général depuis la loi du 10 août 1871, art. 7; on lui interdit aussi d'être conseiller municipal, art. 32 de la loi du 5 avril 1884.

sans être astreint, comme le mineur ou l'interdit, à être domicilié de droit chez son tuteur ou son curateur.

Il peut faire aussi tous les actes d'administration relatifs à son patrimoine qui ne lui ont pas été interdits.

L'énumération faite par le Code civil des actes dans lesquels il doit être assisté ne lui interdit pas de s'obliger. Doit-on en conclure qu'il pourra toujours soit contracter, soit s'obliger valablement seul ?

Cette question n'est pas susceptible d'une solution absolue; nous l'examinerons dans la dernière section de ce chapitre, mais avant, il nous faut préciser, pour chacun des actes désignés dans les articles 499 et 513, dans quelle mesure il est nécessaire au conseil de lui donner son assistance.

Plaider.

Les termes de la loi qui ordonnent au conseil judiciaire d'assister celui à qui on l'a nommé lorsqu'il voudra ester en justice, sont très généraux et semblent bien exiger son intervention dans toutes les instances que ce dernier aura à soutenir.

Cette protection particulière de la loi est des plus justifiées, car rien n'est plus dangereux que s'engager à la légère dans un procès, et il était très à craindre que des personnes, dont l'intelligence et le jugement ne sont pas sains, n'aient la tentation de se lancer à l'aventure dans de mauvais procès.

Or, très souvent, les frais de justice sont ruineux, et, de plus, le perdant se trouve presque toujours condamné à payer à la partie adverse des dépens très élevés. Il était donc nécessaire, à tout point de vue, que celui qui était chargé de guider les incapables fût engagé à veiller particulièrement à ce point.

D'ailleurs, ces personnes, qui n'ont pas la sagacité nécessaire pour accomplir raisonnablement les actes ordinaires de la vie, auraient eu encore moins celle de plaider en justice; ce qui demande beaucoup de prudence et des qualités particulières.

Enfin, la loi, pour être logique avec elle-même, ne devait pas laisser ces personnes exposées aux dangers d'une hypothèque judiciaire lorsqu'elle se garde bien de les autoriser à contracter une hypothèque conventionnelle.

L'assistance du conseil sera exigée dans tous les cas, aussi bien lorsque le faible d'esprit ou le prodigue sera demandeur que lorsqu'il sera défendeur. Ceci est une innovation, car nous savons, par le *Nouveau Denisart*, que l'assistance du conseil dans notre ancien droit n'était généralement requise qu'en cas de demande, « parce que, dit-il, la défense est de droit naturel. Il en serait autrement si la sentence de nomination du conseil avait compris dans sa disposition tous les procès, tant en demandant qu'en défendant (1). »

(1) Voir *Nouveau Denisart* au mot *Conseil nommé par justice*, § 2, n° 6.

Elle est nécessaire aussi bien en première instance que pour l'exercice des voies de recours, telles que l'appel et le pourvoi en cassation.

L'obligation d'assister le prodigue, lorsqu'il veut plaider, entraîne nécessairement, pour le conseil judiciaire, celle d'assister le prodigue lorsqu'il voudra acquiescer à un jugement rendu contre lui ou lorsqu'il sera dans l'intention de se désister d'une instance introduite : car l'acquiescement, qui entraîne la renonciation à toute voie de recours, équivaut à un jugement, et le désistement est l'abandon de son droit : des actes aussi graves ne peuvent être accomplis par le prodigue seul.

Dans cette matière, il n'y a pas lieu de distinguer, pour savoir si l'assistance est requise, entre les contestations qui portent sur un acte qui rentre dans la catégorie de ceux sont permis au prodigue sans l'assistance de son conseil et entre celles qui ont pour objet un acte qu'il ne peut faire valablement seul. Dans un cas comme dans l'autre l'assistance sera obligatoire, c'est ce que la Cour de Besançon a fort bien exprimé dans ces termes : « La prohibition de plaider est générale et absolue. Toute distinction entre les procès relatifs aux biens ou ceux concernant les personnes est arbitraire (1) : »

Nous exigerons donc l'assistance toutes les fois que le prodigue voudra ester en justice, aussi bien lors-

(1) Voir arrêt de Besançon du 11 janvier 1831, S., 51, 2, 75.

qu'il voudra former une demande en partage et en licitation que pour figurer dans un ordre amiable et consentir à son règlement (1); elle sera nécessaire aussi pour former une demande en séparation de corps ou y défendre (2), pour demander la main-levée de l'opposition formée à son mariage (3).

La nécessité de l'assistance du conseil judiciaire, dans ce dernier cas, semble particulièrement abusive, car le mariage est un des droits que cette nomination laisse entiers, et le prodigue peut se marier comme bon lui semble sans qu'il ait rien à y voir. Il n'a aucune autorisation, aucun avis à donner à ce propos.

Il semblerait donc que le conseil, qui n'a pas d'assistance à donner pour le mariage, ne devrait pas avoir à en donner lorsque le prodigue veut obtenir la main-levée d'une opposition faite à ce mariage.

Comment se fait-il donc que dans ce cas on l'exige? « A toutes ces raisons, dit M. Laurent, il y a une réponse péremptoire : c'est le texte absolu de la loi (4). »

Cependant, nous allons voir que les auteurs et la jurisprudence admettent quelques exceptions à la règle qu'un individu, pourvu d'un conseil judiciaire, ne peut plaider sans assistance. Et ne serait-ce pas le

(1) Limoges, 2 juin 1856, D., p. 57, 2, 26.

(2) Voir arrêts d'Amiens, 2 juillet 1873, S., 73, 2, 225, et de Limoges, 2 juin 1856, S., 56, 2, 681.

(3) Voir arrêts de Toulouse, 2 décembre 1839, D., 1840, 1, 161; de Besançon, 15 janvier 1851, S., 51, 2, 75; de Douai, 7 mars 1881, S., 81, 2, 137; de Toulouse, 11 août 1884, S., 85, 2, 78.

(4) Voir M. Laurent, t. I^{er}, p. 361.

cas d'étendre ces exceptions à l'hypothèse que nous envisageons, car, de la sorte, on peut arriver pratiquement à retirer la liberté du mariage au prodigue, ce qui est certainement contraire à la loi.

Malgré cela, la jurisprudence et la plupart des auteurs enseignent que le prodigue ne peut demander seul la main-levée de l'opposition à son mariage.

En effet, si nous remarquons que cette jurisprudence accorde au conseil judiciaire une autorité égale, sinon supérieure, à celle que la loi a donnée en cette matière au père et à la mère, nous constaterons aussi que le mariage est un acte qui exige plus de réflexion et de sagesse que l'on n'en trouve d'ordinaire chez les individus qui en sont pourvus. Le plus souvent, dans notre situation, il y aura le plus grand bien à les retenir au moment où ils vont accomplir une folie. D'ailleurs, si le conseil refusait mal à propos son assistance, le prodigue aura toujours la ressource de demander au tribunal son remplacement ou la nomination d'un conseil *ad hoc*, ainsi que nous le verrons dans la suite.

Cependant, malgré la généralité des termes des articles 499 et 513, la Cour de cassation a jugé que l'assistance du conseil ne sera pas nécessaire pour défendre à une demande en interdiction ou pour interjeter appel du jugement qui l'a prononcée (1). Il y a, dans cette

(1) Voir MM. Aubry et Rau, 5^e édition, t. 1, § 140, et Demolombe, *Traité des minorités*, t. II, n° 762.

dernière hypothèse, une question de liberté en jeu qui ne permet pas qu'il soit possible d'entraver la défense du prodigue par le mauvais vouloir ou la négligence de son conseil.

De plus, la loi a entouré cette procédure spéciale de nombreuses garanties qui remplacent avantageusement l'assistance du conseil et qui sont dans l'intérêt du défendeur : ce sont l'interrogatoire de ce dernier, la surveillance du ministère public et l'avis que l'on demande à la famille. Aussi, tous les auteurs, sauf M. Laurent, admettent cette solution.

Il n'y a aucun doute, et pour des raisons analogues, que le prodigue puisse demander main-levée de son incapacité sans l'assistance de son conseil, et qu'il puisse, de la même façon, plaider contre ce dernier, soit qu'il veuille obtenir son remplacement provisoire, soit que ce soit pour le faire remplacer définitivement (1).

Une dernière exception est admise lorsque le prodigue est poursuivi par un tribunal de répression.

Il est bien évident que si le faible d'esprit ou le prodigue est poursuivi pour un crime, un délit, ou une contravention par le ministère public, il doit se présenter seul et n'a pas besoin de son conseil judiciaire pour l'assister dans sa défense : sa responsabilité pénale est seule en jeu.

(1) Voir arrêt de la Cour de cass. du 15 mars 1858, S., 58, 1, 653, et MM. Aubry et Rau, t. I, § 140, note 6.

Mais lorsqu'il s'agit des intérêts pécuniaires de l'incapable, relativement aux dommages et intérêts dus à la partie lésée, ne faut-il pas, dans ce cas, qu'il soit assisté ?

La jurisprudence ne l'admet pas (1).

Les motifs que l'on invoque pour justifier cette solution sont tout d'abord la liberté de défense de l'inculpé. On dit aussi que les poursuites intentées devant la juridiction criminelle sont entourées des plus sérieuses garanties qui le protègent, par conséquent, contre sa propre faiblesse. Enfin, on fait remarquer que le Code d'instruction criminelle n'a fait aucune distinction entre les prévenus majeurs capables et ceux qui sont incapables, et que, par conséquent, il n'y a pas lieu d'en établir.

Dans la doctrine, peu d'auteurs acceptent cette solution sans distinction; cependant certains admettent qu'il n'est pas nécessaire de mettre en cause le conseil judiciaire lorsque l'action civile se produit dans le cours de l'instance poursuivie par le ministère public (2). La partie lésée ayant le droit, d'après la loi, de former son action jusqu'à la clôture des débats, on restreindrait ses droits en l'obligeant à mettre en

(1) Voir arrêts de Cour de cass. du 27 mars 1849, S., 50, 1, 97; du 22 février 1896, S., 98, 1, 377; jugement du Tribunal de la Seine du 19 décembre 1856 et arrêt de la Cour de Rennes du 22 décembre 1897, S., 98, 2, 220.

(2) Voir MM. Aubry et Rau, 5^e édition, t. I^{er}, § 109, p. 669 et 670, notes 8 et 9.

cause le conseil judiciaire, ce qui demande un certain temps.

Mais le plus grand nombre pensent que lorsque la partie agit directement et principalement, l'action doit être intentée contre le prodigue et contre le conseil judiciaire.

Nous écarterons ces distinctions, et nous admettrons, avec M. Tissier, « que la question est la même dans tous les cas et que le besoin de protection ne varie pas » (1); et si la constitution de la partie civile est faite trop tardivement pour que l'on puisse régulièrement mettre en cause le conseil judiciaire, les tribunaux, en prononçant la condamnation pénale, pourront surseoir à statuer sur la demande en dommages-intérêts.

Nous ne trouvons rien, en effet, dans la loi pénale qui indique que le législateur ait eu, dans cette circonstance, l'intention de déroger au droit commun. Et comme il s'agit des intérêts pécuniaires d'un incapable, il faudrait que, dans cette circonstance, celui qui a mission de les défendre soit appelé, pour qu'il puisse le faire de la même façon que cela aurait lieu si le procès était porté devant la juridiction civile au lieu de l'être devant la juridiction criminelle.

Cette intervention aura le meilleur effet soit pour arrêter les poursuites en désintéressant la partie lésée

(1) Voir article de M. Tissier dans la *Revue critique* de 1898, p. 614.

avant, soit pour éviter une condamnation pécuniaire exagérée.

Enfin, si nous nous trouvons dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire si c'est le prodigue victime d'un délit qui poursuit devant la juridiction criminelle la réparation du préjudice qui lui a été causé, il est évident qu'il doit être assisté de son conseil pour ester en justice, dans ce cas aussi bien que dans tout autre.

Transiger.

La transaction est un contrat consensuel, synallagmatique, à titre onéreux, par lequel les parties tranchent, à l'aide de sacrifices réciproques, une question qui leur paraît litigieuse.

La raison pour laquelle le législateur exige dans la transaction la présence du conseil judiciaire, est que chaque partie y fait un sacrifice qui n'est pas forcément d'égale importance. Ce sacrifice est donc une aliénation d'une partie de son droit, et l'aliénation est interdite au prodigue sans l'assistance de son conseil. Cependant nous savons que toutes les aliénations ne sont pas interdites au prodigue : celui-ci a l'administration de sa fortune et l'exercice de ses revenus. Pourra-t-il transiger sur une contestation relative à ces biens dont il a la libre disposition ?

La généralité de l'article 513 ne permet pas de le soutenir. D'ailleurs, la personne pourvue d'un conseil judiciaire n'aurait presque jamais les qualités voulues

pour faire une bonne transaction, et apprécier à sa juste valeur les suites d'un acte dont les conséquences peuvent être fort importantes.

Aussi, on admet qu'il est nécessaire que le conseil assiste l'incapable dans toute transaction qu'il fera, quelque minime qu'elle soit, pour qu'il puisse y procéder valablement.

A la question de la transaction se rattache celle du compromis.

Cet acte est généralement considéré comme plus grave que la transaction et même que l'instance, car tandis que dans la transaction il y a une discussion préalable des sacrifices réciproques que l'on a l'intention de s'abandonner et que l'instance est entourée de toutes les garanties que donne la justice, dans le compromis il y a un abandon de ses droits à la décision d'un arbitre. Ce choix demande, par conséquent, beaucoup de tact et de discernement.

Aussi le législateur n'accorde pas au mandataire, qui a le pouvoir de transiger, celui de compromettre.

A plus forte raison, ce droit ne peut être reconnu à celui qui est en puissance de conseil, et tous les auteurs s'accordent pour le lui refuser sans assistance.

Enfin, si l'on envisage le serment comme une espèce de transaction, on devra refuser à l'individu qui a reçu un conseil judiciaire le droit de déférer, référer ou accepter le serment sans assistance.

Emprunter.

Il y a deux sortes différentes de prêts :

On peut d'abord faire un prêt à usage, c'est-à-dire emprunter à une personne un objet pour s'en servir quelque temps, puis le rendre ensuite. Ce prêt n'a rien de dangereux et ne grève pas, comme le prêt de consommation, le patrimoine de charges fort lourdes.

Aussi, d'un commun accord, la doctrine et la jurisprudence pensent que le conseil n'a pas à donner son assistance dans un cas semblable.

Tout différent est le cas du prêt de choses fongibles, et particulièrement le prêt d'argent à intérêts. Ce dernier est l'acte le plus dangereux que puissent accomplir les prodigues et celui auquel ils ont le plus souvent recours pour satisfaire leurs passions.

Aussi, le législateur a-t-il mis de tels actes sous le contrôle et la garde du conseil, frappant de nullité les emprunts faits sans son assistance et déclarant les sommes qui en sont l'objet non restituables.

Mais les prodigues ont un tel besoin d'argent, et les usuriers, dont ils sont la proie naturelle, montrent une telle ingéniosité à tourner la loi, que l'on trouve en cette matière de nombreuses dissimulations sous forme d'un autre contrat ostensible qui rentre dans la catégorie de ceux que le prodigue peut faire seul et qui n'est, en réalité, qu'un prêt déguisé.

La jurisprudence s'est toujours montrée très sévère en pareille circonstance, et n'a pas craint d'annuler

tous les contrats de ce genre (1), exigeant, pour qu'ils fussent valables, qu'ils aient été faits en présence du conseil.

Et ce sera toujours le devoir du conseil, dans une telle circonstance, d'exiger de celui dont il a la garde de poursuivre la nullité d'engagements semblables, ou tout au moins, de le défendre contre les actions qui seront dirigées contre lui par le prêteur.

Si le prodigue refuse d'attaquer lui-même, il pourra user des pouvoirs qui lui sont accordés par une jurisprudence fort critiquée et qui lui permet de poursuivre lui-même la nullité de tels engagements à condition de mettre le prodigue en cause.

Recevoir un capital mobilier et donner décharge.

Il est à craindre que les prodigues, poussés par leurs goûts de dissipation, ne gaspillent les capitaux qu'ils ont à toucher, et que les faibles d'esprit, par inexpérience, ne les emploient à de mauvais placements.

Dans le but d'éviter de tels résultats, la loi déclare que les personnes en puissance de conseil ne pour-

(1) La Cour de cassation a trouvé un emprunt déguisé dans un bail fait sans assistance et pour lequel on avait fait des paiements d'avance; Cass., 5 août 1840. Elle a décidé de même que la négociation d'un effet de commerce sans assistance du conseil était nulle, que le prodigue ne pouvait être tenu de garantie envers le cessionnaire; Cass., 14 juillet 1845, D., 45, 1, 323. Voir aussi dans ce sens, Cass., août 1860, D., 60, 1, 316; Tribunal de la Seine, 5 août 1873, D., 73, 3, 87.

ront valablement donner décharge qu'avec l'assistance de leur conseil. De la sorte, les tiers, par crainte de la nullité qui résulterait d'un paiement fait sans cette assistance, se garderont de se libérer sans que le conseil ne signe la quittance conjointement avec le prodigue.

Mais le vœu du législateur ne serait pas rempli, et la protection de la loi serait inefficace, si le rôle du conseil se bornait à assister au paiement. Ce dernier doit avoir un pouvoir spécial pour surveiller l'emploi des capitaux versés.

Ce droit appartient au curateur du mineur émancipé, les textes le déclarent d'une façon formelle, mais nous n'avons pas dans notre matière de dispositions semblables. Cependant, il y a lieu de les appliquer, car ces règles furent ajoutées à la suite des observations du Tribunat, et il résulte des travaux préparatoires que les membres de cette assemblée avaient l'intention de les étendre aux faibles d'esprit et aux prodigues.

Il n'y a guère que M. Rolland de Villargues qui ait soutenu l'opinion contraire (1), la grande majorité des auteurs (2) et la jurisprudence (3) regardent

(1) Voir le *Répert. du notariat* au mot *Conseil judiciaire*, n° 36.

(2) Voir M. Demolombe, *Minorité et tutelle*, t. II, n° 726 ; Aubry et Rau, tit. I, § 140 ; M. Laurent, *Principes de droit civil*, t. V, n° 568.

(3) Voir arrêt Caen, du 6 mai 1850, S., 50, 2, 592 ; Dijon, 22 novembre 1867, S., 67, 2, 238 ; Paris, 31 janvier 1876, S., 77, 2, 149.

comme un devoir, de la part du conseil, d'exercer une surveillance sur l'emploi des capitaux.

On ne comprendrait pas, d'ailleurs, pourquoi la loi aurait exigé l'assistance du conseil à la réception du capital par l'incapable, si elle avait permis à celui-ci de le dissiper à son gré une fois qu'il était entre ses mains.

Aussi, on admet que le conseil pourra mettre comme condition à son assistance que les fonds à payer seront déposés soit entre ses mains, soit entre celles d'un tiers, ou encore à la Caisse des dépôts et consignations.

Il pourrait encore, ce qui vaudrait mieux, refuser de donner quittance s'il n'est pas fait immédiatement un emploi utile et défini de ces fonds, au moment même où ils seront versés, car nous devons reconnaître que, dans la suite, il lui sera peut-être difficile d'arriver à cet emploi si l'individu dont il a la garde se refuse absolument d'agir.

Cependant, le tiers sera valablement libéré par la seule assistance du conseil, même si celui-ci ne fait faire aucun emploi des fonds et, par sa négligence, autorise celui dont il garde le patrimoine, à les dissiper. En pareille circonstance, le conseil seul sera tenu à des dommages et intérêts pour avoir manqué à sa mission.

Cette règle est formulée par la loi d'une façon générale et semble bien s'appliquer à tous les cas, même lorsque le capital sera le résultat des économies faites

par l'incapable sur ses revenus dont il est pourtant libre de disposer à son gré.

On ne peut donc admettre, en présence de la généralité des termes, que le prodigue ait le droit de toucher seul et sans assistance un capital quelconque. Cependant, deux arrêts de Cours d'appel (1) semblent le soustraire au contrôle du conseil judiciaire en matière de succession.

Mais nous remarquerons qu'il s'agissait de capitaux qui se trouvaient au domicile du défunt au moment de l'ouverture de la succession, et dont le prodigue, du fait de l'article 724, se trouvait saisi de plein droit. De plus, le conseil judiciaire n'avait en son pouvoir aucun moyen d'empêcher le prodigue de s'emparer de ces deniers, car la loi ne lui reconnaît pas le droit de s'ingérer dans l'inventaire ni dans la liquidation. D'ailleurs, il n'a pas le droit de pénétrer dans la maison mortuaire ni le pouvoir de faire apposer les scellés.

Mais à part ces sommes qui se trouvent chez le défunt au moment de sa mort, le conseil a le devoir de surveiller l'emploi du reste de la succession mobilière et aucune somme n'en peut être touchée valablement par l'incapable sans son assistance.

Ajoutons, pour finir, que nous pensons aussi que cette défense de recevoir un capital mobilier sans

(1) Voir l'arrêt de la Cour de Rouen du 19 avril 1847, S., 47, 2, 363, et de celle de Douai du 30 juin 1855, S., 56, 2, 670.

assistance de son conseil, qui est faite au prodigue, emporte nécessairement avec elle celle de céder un pareil capital.

Aliéner et hypothéquer.

Le législateur, pour arriver efficacement à protéger les faibles d'esprit et les prodigues, devait aussi forcément mettre sous la surveillance du conseil les aliénations qu'ils auraient à faire et les hypothèques dont ils se trouveraient obligés de grever leurs biens.

Mais la mesure dans laquelle cette assistance a été exigée en matière d'aliénation, a soulevé de nombreuses discussions. Certains auteurs ont prétendu que cela était seulement lorsqu'il s'agissait d'aliéner les immeubles, tandis que d'autres veulent étendre le rôle du conseil à toutes les aliénations de meubles.

Cette divergence d'opinions, qui existe dans la doctrine, tient au texte même de l'article et vient du rapprochement que l'on fait des mots « ni grever ses biens d'hypothèques » du mot « aliéner ». On fait remarquer que les immeubles sont seuls susceptibles d'hypothèques et que, par conséquent, la prohibition qui est faite au prodigue d'aliéner, ne doit s'étendre qu'à ses immeubles. Nous répondrons de suite que l'on a pris soin de séparer le mot aliéner du reste de la phrase par une virgule, et que, par conséquent, rien ne semble indiquer que le mot « bien » s'y rapporte forcément.

On dit aussi que, lorsqu'il s'agit du mineur émancipé, on a spécifié, lors de l'interdiction des aliénations, qu'il ne s'agissait que des immeubles, et que la plupart des dispositions applicables à ce dernier le sont aussi au faible d'esprit et au prodigue.

Enfin, on ajoute qu'il semble bien résulter du *Nouveau Denisart* que telle était l'opinion professée dans notre ancien droit : « Il ne peut, dit-il, par actes entre vifs, obliger ni aliéner ses immeubles (1) ».

Nous remarquerons, tout d'abord, que les rédacteurs du Code civil ont employé le terme « bien » à la place du mot « immeuble », ce qui indique une portée bien plus générale à la prohibition.

De plus, nous savons que dans notre ancien droit, les meubles avaient peu de valeur, et de là était venu l'axiome *res mobilis, res vilis* ; mais de nos jours, par suite de l'évolution qui s'est accomplie dans les fortunes, les valeurs mobilières y tiennent souvent une place bien plus importante que les biens immobiliers. Et le vœu de la loi serait absolument violé si les personnes pourvues d'un conseil pouvaient, à leur gré, dissiper ces valeurs qui peuvent former la totalité de leur fortune.

Aussi, la grande majorité des auteurs (2) et la jurisprudence pensent que la surveillance du conseil doit

(1) Voir le *Nouveau Denisart* au mot *Conseil nommé par justice*, § 2, n° 6.

(2) Demante, t. II, p. 337, n° 283 bis, § 3 ; Aubry et Rau, t. I^{er}, § 140, p. 874 ; M. Demolombe, t. VIII, n° 729.

s'exercer sur toutes les aliénations aussi bien lorsqu'elles portent sur des meubles que sur des immeubles.

Cependant, les auteurs, tout en admettant que cette règle s'applique aux meubles, y apportent certains tempéraments. Ils autorisent le faible d'esprit ou le prodigue à faire seuls les aliénations mobilières qui n'excèdent pas les limites de son administration, telles que les ventes de récoltes, de bestiaux et aussi celles des meubles corporels qui sont sujets à dépérissement et par leur nature destinés à être vendus.

M. Laurent est le seul auteur qui ait soutenu le contraire : « Là où il y a une défense absolue d'aliéner écrite dans la loi, il ne peut être question d'exception, car, admettre des exceptions, ce serait déroger à la loi, donc faire la loi (1) ».

Cette opinion de M. Laurent exagère la portée de la règle, car il est certain que l'on doit permettre au prodigue de faire seul les aliénations de meubles qui rentrent dans ses droits d'administrateur que l'on ne peut lui enlever ; si l'on poussait ainsi cette règle à l'extrême, il faudrait même interdire à la personne en puissance de conseil de faire les cadeaux d'usage conformes à sa condition.

L'assistance ne sera obligatoire que lorsqu'il s'agira d'un capital, c'est-à-dire d'une valeur qui n'est pas destinée à être dépensée pour les besoins ordinaires

(1) Voir M. Laurent, t. V, n° 364.

de la vie. Et cela, que ce soit pour faire une aliénation à titre onéreux ou à titre gratuit, ces dernières sont en effet plus dangereuses que les premières, parce qu'elles aboutissent à une diminution du patrimoine sans aucune compensation.

Cependant, parmi ces dernières, nous nous trouvons en présence de quelques difficultés, aussi nous allons les envisager à tour de rôle, et examiner dans chacune dans quelles limites le conseil sera tenu d'y donner son assistance.

1^o *Testament*. — Dans le cas de dispositions testamentaires, il est certain que le conseil judiciaire n'a aucun contrôle à exercer, aucune assistance à donner. Cette œuvre ne constitue pas une aliénation au sens propre du mot, car elle n'aura d'effet que le jour où son auteur n'existera plus.

De plus, la loi a toujours voulu que le testament soit librement fait par le testateur. C'est ainsi que l'article 226 du Code civil autorise la femme mariée à tester sans l'autorisation de son mari, et que l'article 904 permet au mineur âgé de plus de seize ans de disposer de la sorte de la moitié des biens dont il pourrait disposer s'il était majeur.

2^o *Donations entre vifs*. — Ce sont les actes qui sont le plus à craindre de la part des incapables dont nous nous occupons et, en pareille circonstance, « il faudra, dit M. Demolombe, défendre le prodigue contre

les profusions ruineuses et irréparables, auxquelles il serait entraîné par toutes ses passions, toutes ses faiblesses d'esprit et de cœur qui ont nécessité la nomination de son conseil (1) ».

De même, pour le faible d'esprit, il est à craindre que son manque d'intelligence ne le laisse capter et envelopper par des personnes peu honorables qui en profiteront pour se faire gratifier largement.

Aussi, peu importera le caractère de la donation ; en toutes circonstances, elle devra être faite sous le contrôle de l'homme éclairé que l'on a mis pour préserver l'incapable contre ses propres entraînements.

C'est ainsi que nous n'hésiterons pas à déclarer que, malgré la faveur dont le législateur entoure ces sortes de donations, les constitutions de dot faites par contrat de mariage à leurs enfants par des parents en puissance de conseil devront, pour être valables, être faites avec l'assistance du conseil.

En effet, cet acte, bien qu'on puisse le considérer comme l'accomplissement d'un devoir naturel, n'en est pas moins un dépouillement irrévocable. Il est alors fort à craindre que le prodigue ou le faible d'esprit ne se laisse aller à l'entraînement d'une libéralité inconsidérée ou à céder à des habitudes de profusion.

Il en sera de même pour les institutions contractuelles qui sont des institutions d'héritiers par contrat

(1) Voir M. Demolombe, t. VIII, n° 376.

de mariage faites au profit de l'un des époux ou des enfants à naître.

Quant aux donations entre époux, elles ont le caractère spécial d'être révocables. Néanmoins, il faut que le prodigue obtienne l'assistance de son conseil malgré cette faculté, lorsqu'elles sont faites entre vifs et pour des objets déterminés, car elles n'en constituent pas moins une aliénation, tant que la révocation n'en a pas été faite.

Mais, lorsque cette donation portera sur des biens que l'époux donataire laissera à son décès, nous ne pensons plus que l'assistance du conseil soit nécessaire pour qu'elle soit valable. Il n'y a plus ici une aliénation immédiate, et une telle donation ressemble beaucoup à un testament, surtout si l'on considère qu'elle est toujours révocable, et que le donateur pourra, dans la suite, en disposer autrement, s'il lui plaît, toute sa vie.

La jurisprudence a jugé, dans ce sens, qu'il n'était pas nécessaire que le conseil donnât son assistance (1);

3^o *Contrat de mariage*. — Dans cette dernière hypothèse, des difficultés particulières se présentent.

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut toujours se marier sans avoir besoin de l'autorisation de son conseil. Aucune prohibition de la loi ne vient réduire sa capacité sur ce chef, mais le mariage est tou-

(1) Voir Bruxelles, 3 avril 1886, D., p. 87, 2, 71.

jours accompagné de conventions destinées à régler le régime auquel seront soumis les biens des époux. La loi impose même le régime de la communauté légale à ceux qui se marient sans contrat.

Qu'arrivera-t-il lorsqu'un des incapables dont nous nous occupons se mariera de la sorte ?

Se trouvera-t-il marié sous le régime de la communauté légale, ce régime implique forcément une aliénation de meubles présents et à venir au profit de la communauté ? Cette aliénation tacite pourra-t-elle exister sans l'assistance du conseil ?

Certains auteurs n'admettent pas que le prodigue soit soumis de droit à un tel régime. M. Demolombe faisant remarquer que c'est surtout en pareille circonstance qu'il faut protéger les incapables contre leurs entraînements, parce qu'il est plus à craindre qu'ils succombent aux séductions et aux intrigues, décide que le prodigue sera marié sous le régime de la séparation de biens (1).

Pour M. Demante, ce sera sous le régime de la communauté réduite aux acquêts (2).

Ces systèmes, malgré toute leur ingéniosité, ne peuvent être acceptés ; il est même remarquable que ces auteurs, qui refusent au prodigue l'application du droit commun, ne s'entendent pas sur le régime à lui appliquer.

(1) Demolombe, t. VIII, n° 720, et aussi Masse et Vergé sur *Zachariæ*, t. I, p. 140.

(2) Demante, t. II, n° 283 bis, § 5.

D'ailleurs, leurs décisions ne s'appuient sur aucun texte et sont purement arbitraires, il faut appliquer aux personnes en puissance de conseil le régime de la communauté légale, puisque aucune disposition ne vient les en dispenser, et cela malgré l'aliénation qui en résulte, car cette aliénation est voulue par la loi et, par conséquent, inattaquable.

Telle est, du reste, l'opinion d'un grand nombre d'auteurs (1) et de la jurisprudence.

Nous en concluons aussi que le prodigue pourra stipuler, dans son contrat de mariage, sans l'assistance de son conseil, la communauté légale et aussi les régimes qui ne comporteront pas d'aliénation.

Il pourra donc adopter seul la communauté réduite aux acquêts, la séparation de biens, le régime dotal ; mais, toutes les fois qu'il voudra, au contraire, stipuler des conventions contenant une disposition plus complète de ses biens, l'assistance de son conseil lui sera nécessaire, c'est ainsi qu'il ne pourrait pas consentir valablement à une communauté universelle.

Quant aux donations qu'il désirerait faire, par contrat de mariage, au profit de son conjoint, nous exigerons encore pour elles la présence de son conseil. La jurisprudence, après de nombreuses hésitations,

(1) Voir en ce sens M. Laurent, t. V, n° 363 ; Chardon, *Puiss. tutélaire*, n° 270 ; Aubry et Rau, t. I, § 140 ; Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 285 bis ; Demolombe, t. III, n° 22, et t. VIII, p. 737 et suivantes.

est aujourd'hui fixée dans ce sens depuis un arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1892 (1).

4° Renonciation à prescription. — Le fait de renoncer à la prescription n'est peut-être pas proprement une aliénation, car qui renonce à une prescription accomplie manque seulement d'acquiescer.

Cependant, on pense d'une façon générale que le prodigue ne peut pas y renoncer seul, qu'il lui faudra encore là l'assistance de son conseil, et on rattache généralement cette prohibition à celle d'aliéner.

De même, la défense d'hypothéquer se rattache implicitement à celle d'aliéner, car, comme toute constitution de droit réel, c'est une aliénation partielle et une diminution du droit de propriété.

Cela eût été d'ailleurs un moyen facile d'arriver à une aliénation indirecte. C'est pour cela que l'assistance du conseil est requise.

Nous dirons, pour finir, que cette interdiction ne peut frapper que l'hypothèque conventionnelle, mais ne peut atteindre ni l'hypothèque légale, ni l'hypothèque judiciaire.

S'obliger.

L'énumération faite par les articles 499 et 513 ne comprend pas la défense de s'obliger sans l'assistance

(1) Cass., 21 juin 1892, *Pand.*, 93, 1, 136 ; Trib. de la Seine, 15 juin 1887, P. f. 87, 1, 497.

du conseil judiciaire. Doit-on en conclure que toutes les obligations que fera le prodigue, quelles que puissent être leurs conséquences, devront échapper au contrôle de celui-ci ?

M. Laurent, qui interprète toujours les textes à la lettre, l'admet, tout en faisant des restrictions pour le droit de contracter comme emprunteur ou comme vendeur, puisque la loi le défend formellement (1).

Mais ce système aurait l'inconvénient de rendre illusoire la protection que la loi veut accorder aux prodigues, car une obligation contient en germe une aliénation puisque, à défaut de paiement, le créancier a le droit de saisir les biens de son débiteur et de les faire vendre.

Aussi la majorité des auteurs apporte-t-elle une restriction au droit de s'obliger pour le prodigue, et la jurisprudence admet que « la défense d'aliéner sans l'assistance du conseil implique celle de s'obliger en dehors du cercle des actes d'administration (2) ».

Ces actes sont ceux que l'on peut acquitter sur les revenus et qui n'engagent pas le capital. Quant aux autres, le prodigue a besoin, en principe, de l'assistance de son conseil pour pouvoir les accomplir valablement.

Parmi les actes d'administration figurent les actes nécessaires à subvenir à l'entretien de sa famille et

(1) Voir M. Laurent, t. V, n° 371.

(2) Voir arrêt de cass. civ., 1^{er} août 1860, S., 60, 1, 929.

à celui de l'incapable. Il pourra donc acheter au comptant ou à crédit tout ce qui est nécessaire à sa subsistance, louer un appartement, prendre à gage des domestiques.

Mais, s'il fait des achats de fournitures excédant ses ressources, il dépassera les limites de sa capacité, ces dépenses pourront donc être réduites.

De même, en sa qualité d'administrateur, il doit faire produire à ses biens les revenus dont ils sont susceptibles. Il doit, pour cela, pouvoir les donner à bail, mais il ne peut faire de baux dépassant neuf ans sous peine de les voir réduire à ce terme.

Il doit aussi faire les réparations d'entretien de ses biens, mais ne peut faire en principe les grosses réparations qui entament le capital, sans l'assistance de son conseil.

Comme il peut faire des actes d'administration sans être assisté, il peut aussi conférer un mandat pour l'accomplissement de pareils actes. Mais s'il veut donner mandat de faire un acte qu'il ne peut faire seul, il doit recourir à cette assistance, sans cela, il ne sera pas valable. Et comme l'assistance doit toujours être spéciale, il ne pourra jamais donner un mandat général même avec son conseil.

L'acceptation d'un mandat étant plutôt un acte de libéralité qu'un acte d'administration, puisqu'il est gratuit de sa nature, ne pourra pas davantage être faite sans l'assistance de son conseil. Et, à la reddition de compte d'un pareil mandat accepté sans assis-

tance, son conseil ou le prodigue n'aurait qu'à faire valoir son incapacité pour éviter toute condamnation en dommages-intérêts pour inexécution du mandat.

L'acceptation d'une succession contenant l'obligation aux dettes du défunt, nous pensons aussi qu'elle ne pourra être faite qu'avec l'assistance du conseil. Il en sera de même pour la répudiation, car répudier, c'est aliéner.

La même solution doit être adoptée pour l'acceptation d'une donation ou d'un legs à titre particulier grevé de charges.

Ainsi donc, le conseil judiciaire doit contrôler les obligations de l'incapable lorsqu'elles dépassent l'administration de son patrimoine. Et si des obligations de ce genre ont été faites par le prodigue et lui sont nuisibles, ces engagements peuvent être annulés ou réduits soit sur la demande de l'incapable, ou s'il ne le demande pas, d'après la jurisprudence, sur celle de son conseil.

CHAPITRE V

Le Conseil judiciaire peut-il représenter le prodigue ou le faible d'esprit ?

La mission du conseil judiciaire consistant à assister le prodigue dont il a la garde, ne lui donne en aucun cas le droit de le représenter. C'est ainsi qu'il ne peut faire d'actes conservatoires (1) et, à plus forte raison, ester à sa place en justice.

Ce système, qui ne protège qu'imparfaitement le prodigue, a été fortement battu en brèche par la jurisprudence qui, peu à peu, a tendance à accorder au conseil judiciaire un pouvoir spécial lui permettant de représenter le faible d'esprit ou le prodigue.

Tout d'abord, partant de cette idée que le conseil est partie nécessaire dans un procès, la jurisprudence lui a reconnu le droit de faire opposition ou appel aux jugements rendus contre le prodigue assisté par lui, lorsque ce dernier, condamné par défaut ou en première instance, acquiesçait au jugement ou renonçait à l'opposition ou à l'appel (2).

(1) Voir arrêt de la Cour de Douai du 30 juin 1833, D. p., 56, 2, 56.

(2) Voir arrêt de Cour de cass., Ch. civ., 8 décembre 1841, S., 42, 1, 60, et 27 décembre 1843, S., 44, 1, 346; de Paris, 27 avril 1833, S., 53, 2, 878; Orléans, 18 mai 1833, D. p., 54, 5, 443.

Ce droit lui est accordé, parce que, étant en cause, il peut user des moyens de défense et de recours que toute partie a à sa disposition dans une instance où elle figure.

Cependant nous devons remarquer que le conseil judiciaire n'est pas, à proprement parler, une véritable partie au procès, car il n'est ni demandeur, ni défendeur, puisqu'il n'est là que pour assister soit le demandeur, soit le défendeur. De plus, il ne peut être condamné personnellement puisqu'il n'a pas d'intérêt personnel dans l'affaire, ni être absous pour la même raison ; la condamnation sera supportée par le prodigue, et c'est ce dernier qui bénéficiera seul du procès dans le cas où il le gagnera. Enfin, s'il y a lieu à une condamnation à des dommages-intérêts, ce ne sera jamais lui qui les paiera, ni qui en profitera, et les dépens qui auront été mis à la charge de la partie qui a succombé ne pourront jamais lui incomber, puisque cette condamnation ne peut être exécutée que contre le prodigue.

Cependant un grand nombre d'auteurs ont pensé que le seul fait d'être partie au procès en qualité de conseil suffisait pour lui donner ce droit de faire opposition ou appel, car il semble juste qu'il puisse faire valoir en faveur du prodigue tous les moyens que sa situation lui donne (1).

(1) Voir en ce sens M. Demolombe, t. VIII, § 764 ; MM. Aubry et Rau, t. I, § 140, note 6 ; *contra*, M. Laurent, t. V, n° 353.

Nous ferons remarquer cependant que, lorsque le conseil agit de la sorte, malgré le prodigue et contre sa volonté, ce que la Cour de cassation autorise, il dépasse alors les pouvoirs qui lui ont été accordés par la loi, car il n'est, d'après elle, qu'un assistant.

Mais la jurisprudence ne s'est pas bornée à cette extension des fonctions du conseil judiciaire, elle en a consacré une seconde, elle lui accorde aujourd'hui le droit d'attaquer seul et malgré le prodigue les actes accomplis par ce dernier dans des conditions qui permettent de les faire annuler.

Le Code civil, avons-nous déjà dit, frappe de nullité l'acte que le prodigue en puissance de conseil accomplit sans être assisté de ce dernier lorsque cela est exigé. Nous savons, d'autre part, que cette nullité ne peut être demandée que par le prodigue assisté de son conseil, et que la partie qui a traité avec lui dans de telles conditions et qui était pleinement capable ne peut, en invoquant la nullité, faire tomber l'acte.

C'est donc l'incapable seul qui peut agir en pareille circonstance, mais il arrivera souvent que cet incapable se refusera à demander cette nullité soit par entêtement, soit le plus souvent pour ne pas porter atteinte au peu de crédit qui lui reste après la nomination de son conseil.

De même si, en principe, les actes accomplis antérieurement à la nomination du conseil judiciaire par

le faible d'esprit ou le prodigue, ne sont pas susceptibles d'être annulés par cela seul que les causes qui ont déterminé cette nomination existaient à l'époque où ces actes ont été faits, comme cela a lieu en vertu de l'article 513 du Code civil en cas d'interdiction, cependant depuis longtemps la jurisprudence admet que de tels actes peuvent être annulés dans certaines circonstances.

Pour obtenir ce résultat, il faudra que ces actes aient été accomplis avec l'intention manifeste de frauder la loi. Un tel fait résultera des circonstances qui ont environné leur conclusion. Ce sera lorsque les parties auront eu l'intention d'éluder au moyen de ces conventions les effets de la nomination du conseil judiciaire qui était menaçante pour l'une d'elles.

Peu importe, d'ailleurs, que l'instance ait été déjà engagée au moment où l'acte a été conclu, ou qu'il ait eu lieu quelque temps avant la procédure.

La fraude résultera, le plus souvent, du fait que les tiers, qui ont contracté avec le faible d'esprit ou le prodigue, savaient que sa famille allait provoquer une telle nomination et qu'ils ont voulu profiter de la faiblesse d'esprit ou de l'entraînement de celui-ci pour accomplir, avant que l'assistance du conseil soit nécessaire, un acte que ce dernier n'aurait certainement pas autorisé.

En pareille circonstance, c'est encore au prodigue assisté de son conseil qu'il appartient de demander

l'annulation de l'acte. Mais cette demande en nullité ne pourra-t-elle pas être introduite par le conseil judiciaire lui-même, agissant de son chef et de sa propre autorité dans le cas où l'incapable soit par négligence, soit par mauvais vouloir, refuserait de l'intenter ?

Car souvent, pour les mêmes motifs que nous avons énoncés précédemment, le prodigue refusera d'en prendre l'initiative.

Une telle négligence de la part du prodigue peut avoir les conséquences les plus désastreuses. Après avoir passé des engagements onéreux ou vendu des immeubles dans des conditions déplorables, en refusant d'agir en nullité de ces obligations ou de ces ventes, ou lorsqu'il est attaqué par ses créanciers, en refusant de se défendre et en se laissant condamner, il peut, en peu de temps, perdre toute sa fortune.

Cependant, comme il ne se trouve dans notre Code aucune disposition donnant au conseil le droit d'agir à sa place, il devra donc assister, impassible, à la ruine de celui dont on lui a confié la garde des intérêts.

Aussi, la jurisprudence, en voyant les inconvénients qui résultaient, pour la conservation de la fortune de ceux qui sont en puissance de conseil, de l'impuissance de celui qui est chargé de la garder, a fini, après avoir longtemps varié, par lui accorder un pouvoir spécial l'autorisant à représenter l'incapable et lui permettant de faire tomber les actes accomplis par

celui-ci à une époque et dans des conditions qui les rendent annulables (1).

Et ce droit d'attaquer les actes atteints de nullité est donné au conseil judiciaire non seulement pour faire tomber ceux qui ont été faits sans son assistance depuis qu'il a été nommé, mais aussi pour ceux qui se trouvent antérieurs à sa nomination, pourvu qu'ils se trouvent dans des conditions qui permettent de les faire annuler.

La seule condition qu'elle exige est que le conseil judiciaire n'agisse pas en l'absence et à l'insu du faible d'esprit ou du prodigue, il devra mettre ce dernier en cause afin de rendre commune avec lui la décision à intervenir (2).

C'est dans le but d'accorder une plus grande protection à l'incapable que la Cour de cassation a adopté cette jurisprudence.

Ces motifs d'intérêt pratique avaient déjà été exprimés par la Cour de Paris, dans un arrêt de 1858, en ces termes : « La loi n'a voulu donner au prodigue un conseil judiciaire que pour le préserver de la ruine; elle n'atteindrait pas son but si le conseil ne pouvait agir seul en justice pour la défense des inté-

(1) Voir Cass., 29 juin 1881, S., 82, 1, 125; 24 juin 1896, S., 97, 1, 113; Paris, 5 avril 1887, D. p., 82, 2, 220; 7 mars 1895, D., 95, 2, 135; 22 mars 1895, D., 96, 2, 26; Nancy, 26 juin 1897, D., 98, 2, 512.

(2) Voir Cass., 29 juin 1881, S., 82, 1, 125, et 24 juin 1896, S., 97, 4, 113.

rêts de son pupille. En effet, le prodigue, après avoir contracté des engagements sans l'assistance de son conseil, se laisserait condamner de connivence avec ses créanciers; il leur procurerait ainsi des titres au moyen desquels ils pourraient l'exproprier. Pour prévenir ces résultats, le conseil puise ses droits dans son mandat qui lui impose de tenir les intérêts du prodigue, alors même que celui-ci les néglige et reste dans l'inaction (1). »

De même, la Cour de Lyon déclarait, d'une façon analogue: « Les sages dispositions de la loi seraient illusoires si le prodigue pouvait en paralyser l'effet par son inaction, et si, en présence de ses refus d'attaquer les engagements surpris à sa faiblesse, il n'était permis à son conseil de prendre l'initiative des poursuites; sans doute, en pareille occurrence, il ne peut agir seul qu'en mettant le prodigue en cause; en l'appelant à débattre ses intérêts devant la justice, en provoquant un jugement qui soit commun avec lui et puisse lui profiter, il sauve les droits de tous et aboutit au résultat que la loi veut atteindre (2). »

Ce sont encore les mêmes motifs de protection que nous trouvons exprimés dans l'arrêt de la Cour de cassation de 1886 et dans toutes les décisions de ce genre.

(1) Voir arrêt de Cour de Paris du 26 juin 1838, S., 1838, 2, 417.

(2) Voir arrêt de Lyon, s. Cass., 23 juin 1863, S., 63, 1, 75.

Cependant, malgré son caractère éminemment utilitaire et les avantages évidents qu'elle offre pour la conservation de la fortune des prodigues et malgré l'autorité de M. Lyon-Caen qui s'est montré le défenseur habile de cette jurisprudence, on peut dire qu'elle a contre elle presque l'unanimité de la doctrine (1).

Tous les arrêts de ce genre prétendent que le but visé par le législateur ne serait pas atteint si, en présence de l'inaction ou du refus du prodigue, le conseil ne pouvait attaquer les actes faits par celui-ci lorsqu'ils sont susceptibles d'être annulés; mais rien ne prouve que l'intention du législateur ait été de donner aux faibles d'esprit et aux prodigues une protection aussi complète.

Déjà, dans notre ancien droit, auquel les rédacteurs du Code civil ont emprunté cette institution, le conseil judiciaire n'était pas autorisé à agir personnellement dans l'intérêt de l'incapable et malgré sa volonté. C'est ce que le *Nouveau Denisart* exprime d'une façon formelle en ces termes : « Le conseil ne peut

(1) Voir Demolombe, t. VIII, n° 763 ; MM. Aubry et Rau, 5^e édition, t. I, § 141, texte et note 27 ; M. Huc, t. III, nos 555 et 556 ; Beudant, t. I, p. 615, les articles de M. Tissier dans la *Revue critique de droit et de jurisprudence*, année 1897, p. 609 ; de M. Vigier, année 1900, page 65, ainsi que la note de M. Glasson au Dalloz, sous l'arrêt du 7 mars 1875, D., 75, 7, 425. Il donne en faveur de la jurisprudence la note de M. Lyon-Caen au Sirey, sous l'arrêt du 24 juin 1896, S., 97, 1, 113, et M. Planiol, *Traité de droit civil*, t. I, n° 2985.

agir pour celui à qui il a été donné, ni le forcer à faire aucun acte (1). »

Si on se reporte aux discussions auxquelles se livrèrent les rédacteurs du Code civil lors de l'adoption du chapitre du conseil judiciaire, on pourra facilement se rendre compte que les arguments avancés par les partisans de la jurisprudence actuelle n'ont pas été prévus à ce moment, mais que, bien au contraire, on ne songeait à donner au conseil judiciaire qu'une mission d'assistance, et que ce n'est qu'avec la plus grande répugnance que furent adoptées les mesures qui ont pour but de restreindre la capacité du prodigue, mais qu'on a toujours voulu lui laisser l'administration de sa fortune et l'exercice de ses actions en en donnant en quelque sorte le *contrôle* au conseil judiciaire.

Et la preuve en est que, pendant très longtemps après le Code civil, la jurisprudence, conforme aux vrais principes, refusa au conseil judiciaire tout droit d'intervenir en lieu et place du prodigue; et même à l'époque où cette théorie s'est formée, on trouve de nombreux arrêts contradictoires (2).

Et, dès lors, si le but du législateur n'a pas été de donner aux faibles d'esprit et aux prodiges une pro-

(1) Voir au *Nouveau Denisart* au mot *Conseil nommé par justice*, § 2, n° 6.

(2) Voir Trib. Seine, 26 mai 1862; Cour Paris, 13 novembre 1863, S., 64, 2, 193.

tection aussi complète, nous nous trouvons en présence de décisions qui refont la loi au lieu de l'appliquer et qui permettent au juge de suppléer le législateur.

Et c'est en vain que M. Lyon-Caen nous déclare, dans sa note au Sirey : « Qu'il y a des solutions qui dérivent aussi nettement du but poursuivi par le législateur qu'elles résulteraient d'une disposition légale. Une interprétation littérale se préoccupant des mots et non des choses peut seule se refuser à l'admettre (1) ». Nous répondrons, avec M. Tissier, « qu'il n'est pas permis au juge, pour atteindre le but poursuivi par le législateur, de statuer contrairement à des dispositions précises ; bien des lois n'atteignent pas leur but parce qu'elles sont mal faites, insuffisamment prévoyantes, mal conçues ou mal dirigées ; il n'appartient pas au juge de les refaire (2). »

Si on donnait un tel pouvoir au juge, et si on l'autorisait à modifier la loi à son gré sous prétexte d'atteindre le but caché d'une institution ou de l'améliorer, en peu de temps on parviendrait à bouleverser tout notre Code civil.

Nous ferons aussi remarquer que, le plus souvent, l'intervention du conseil judiciaire ne sera pas absolument nécessaire pour protéger l'incapable, car il a

(1) Voir note de M. Lyon-Caen, sous arrêt de Cour de cass., S., 97, 1, 113.

(2) Voir note de M. Tissier, *Revue critique* de 1897.

dix ans pour demander la nullité des actes qu'il a faits sans l'assistance de son conseil, lorsque cette assistance était nécessaire, et nous croyons que ces dix ans ne courent que du jour où la nomination du conseil est levée, c'est-à-dire de l'époque où l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, a recouvré la plénitude de ses facultés. Il pourra donc, pendant ces dix ans, demander en pleine connaissance de cause la nullité de l'acte en question.

Cependant nous reconnaissons que cette faculté de demander, pendant les dix ans à partir de la cessation des fonctions du conseil judiciaire, la nullité des actes passés sans l'assistance du conseil, susceptibles d'annulation comme accomplis antérieurement en fraude de la loi, ne constitue pas toujours, au regard du prodigue, un moyen de protection parfaitement efficace.

Il y a de nombreuses hypothèses où cette action en nullité ne pourra aboutir. En voici un exemple : supposons une vente d'immeuble passée par le prodigue non assisté de son conseil, l'acquéreur revend l'immeuble à un tiers. Au bout de dix ans, le tiers, s'il est de bonne foi et domicilié dans le ressort de la même Cour, devient, puisqu'il est acquéreur avec juste titre et bonne foi, propriétaire de cet immeuble (article 2265 du Code civil).

Le prodigue ne pourra donc revendiquer son bien. On pourrait citer d'autres exemples du même genre où l'action en nullité intentée après que le conseil

aura cessé ses fonctions, constituera pour le prodigue un moyen de protection insuffisant, et où il sera fort utile pour lui, que le conseil puisse lui-même et directement demander pendant la durée de ses fonctions la nullité de l'acte. Il y a dans cette hypothèse une lacune de la loi que nous sommes les premiers à reconnaître, et qui pourra être prise en considération par le législateur s'il veut modifier la loi, mais il ne nous semble pas que, dans l'état actuel des textes, les juges puissent la combler.

Nous devons constater aussi que cette jurisprudence aboutit, sous prétexte d'interpréter la loi, à une véritable inversion des rôles. En effet, tandis que la loi veut que l'incapable agisse et que le conseil l'assiste, dans la situation que nous critiquons, c'est le conseil qui agit tandis que le prodigue est simplement mis en cause pour que le jugement devienne commun avec lui.

Enfin, en dernier lieu, lorsque la condamnation sera obtenue et que l'incapable ne voudra toujours pas agir, qui poursuivra l'exécution du jugement ? Son inaction peut rendre illusoire la nullité prononcée. Est-ce que ce sera encore le conseil qui agira en lieu et place du prodigue ? Faudra-t-il, si cela est nécessaire, lui donner l'administration de ses biens ? Cependant il n'a pas d'hypothèque légale, grevant son patrimoine et assurant des garanties au prodigue en cas de mauvaise administration, et une telle façon de faire aboutirait presque à une interdiction.

Telles sont les deux premières extensions que la jurisprudence a données aux pouvoirs du conseil judiciaire ; en voici une troisième plus exorbitante encore et plus en dehors des textes que la Cour de Paris après le tribunal de la Seine a tentée, mais que, il est vrai, la Cour de cassation a refusé d'admettre.

Elle résulte d'un arrêt de la Cour de Paris, en date du 7 mars 1895 (1).

Voici l'espèce sur laquelle cet arrêt a statué. Il semble bien que, lorsqu'à la suite d'un engagement souscrit par le prodigue non encore pourvu d'un conseil judiciaire, un jugement de condamnation est intervenu et qu'il y a acquiescé, ce jugement soit définitif à son égard et qu'il n'y ait plus aucun moyen de le faire tomber.

Cependant la Cour de Paris avait admis que, malgré l'acquiescement, le conseil judiciaire pouvait faire tomber par la tierce opposition un tel jugement alors qu'il était établi que ce jugement avait pour but d'éluider les effets de la nomination du conseil.

Pour admettre une telle solution, la Cour invoquait les motifs suivants :

« Aux termes de l'article 474 du Code de procédure, une partie peut former tierce-opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés ;

(1) Voir avec l'arrêt de la Cour de cassation du 18 février 1898, Sirey, 98, 1, 303.

il n'est pas nécessaire que les droits auxquels préjudicie le jugement soient personnels au tiers opposant ; il suffit que la qualité en laquelle il agit lui impose des devoirs auxquels correspondent des droits, qu'en ladite qualité, il ait intérêt à faire reconnaître et sanctionner ; que si, à la différence de l'interdiction, la nomination du conseil judiciaire n'a pas d'effet rétroactif sur les actes antérieurs, cette règle ne saurait recevoir d'application quand les actes antérieurs ont eu pour but de faire fraude à la loi, et d'éluder par avance les conséquences de la nomination du conseil. Il n'y a pas lieu de distinguer, à cet égard, entre les conventions et les jugements, tendant au même but et qui sont antérieurs à la nomination du conseil ; en ce qui touche ce dernier, comme en ce qui concerne les premières, les devoirs et les droits du conseil judiciaire sont les mêmes : protéger le prodigue contre son incurie, sa faiblesse et ses entraînements, en faisant tomber, à l'aide des moyens que la loi met à sa disposition, les actes frauduleux, qu'ils soient conventionnels ou judiciaires, concertés et perpétrés dans le but d'annihiler et d'éluder, par avance, la mesure de protection imminente de la dation au prodigue d'un conseil judiciaire ; pour accomplir ce devoir et exercer ce droit, la loi met à la disposition du conseil judiciaire l'action en nullité en ce qui concerne les conventions ; qu'en ce qui concerne les jugements auxquels il n'a pu être partie, puisqu'ils sont antérieurs à sa nomination, le conseil

judiciaire qui agit comme tiers, en vertu d'un droit qui lui est propre en sa dite qualité, a à sa disposition la voie de recours extraordinaire de la tierce opposition ; lui en dénier l'usage, ce serait méconnaître le but que s'est proposé la loi, distinguer là où elle ne distingue pas, et encourager en la sanctionnant la fraude qui, pour aboutir plus sûrement, aura l'habileté d'enserrer le prodigue dans un lien d'une décision de justice rendue hâtivement définitive par un acquiescement frauduleusement concerté et obtenu ».

La Cour de Paris, comme on le voit, assimilait les jugements aux conventions au point de vue de la nullité, mais cette assimilation n'est pas exacte, car il n'est pas admis dans notre droit que l'on applique les mêmes règles, au point de vue de la nullité, aux jugements et aux conventions ; aussi la Chambre civile de la Cour de cassation n'a pas admis cette jurisprudence et a refusé au conseil judiciaire la tierce-opposition dans un arrêt du 15 février 1898 (1).

Cependant M. Lyon-Caen (2), de même qu'il veut que le conseil judiciaire ait un pouvoir propre pour faire tomber les conventions conclues par le prodigue et qui sont susceptibles d'être annulées, est peut-être

(1) Voir Sirey, 98, 1, 305.

(2) Voir Sirey la note sous l'arrêt précité, S., 98, 1, 305, et en sens contraire MM. Aubry et Rau, 5^e édition, t. 1^{er}, § 141 et les articles de MM. Tissier et Vigier, dans la *Revue critique* déjà cités.

encore ici le seul auteur qui ait défendu cette jurisprudence de la Cour de Paris, parce que « les limites de la tierce-opposition ne sont pas assez bien déterminées pour qu'il y ait obstacle à ce qu'on l'applique à des cas spéciaux que le législateur n'a pas eu particulièrement en vue comme celui dont il s'agit ».

M. Lyon-Caen voudrait même que le conseil judiciaire puisse attaquer de la sorte par la tierce-opposition les jugements rendus pendant la durée de l'incapacité du prodigue dans lesquels il n'a pas été assisté comme cela devait avoir lieu, ce qui jusqu'ici n'a pas été admis par la jurisprudence qui n'a accordé jusqu'alors que l'opposition ou l'appel au conseil judiciaire comme voies de recours.

Nous reconnaissons encore ici que les faibles d'esprit et les prodiges tireraient un très grand avantage pour leur protection de cette façon de faire, mais elle présente les mêmes vices que nous avons déjà exposés précédemment pour l'action en nullité des actes accomplis par le prodigue sans l'assistance de son conseil.

Elle est contraire à la loi, car le conseil judiciaire ne se trouve dans aucune des conditions qui lui permettent d'employer la tierce-opposition et la Chambre civile de la Cour de cassation a eu, selon nous, raison de ne pas la lui accorder.

Elle n'est donnée, en effet, que dans deux circonstances déterminées :

Lorsqu'une personne, représentée lors d'un jugement

par l'un des plaideurs, se plaint qu'il y a eu fraude concertée à son préjudice. Ce n'est pas le cas ici, le conseil judiciaire ne peut se plaindre d'une fraude concertée contre lui, puisqu'il n'existait pas au moment du jugement; de plus, il ne peut pas non plus se plaindre d'une fraude concertée contre le prodigue, car ce dernier était lui-même une des parties qui ont plaidé.

Elle est encore accordée à une personne qui n'a pas été partie ni représentée dans un jugement, mais qui a cependant subi un préjudice du fait de ce jugement. C'est en cette dernière qualité, dit la Cour de Paris, que le conseil agirait.

Mais, dans notre hypothèse, le conseil judiciaire n'a subi aucun préjudice dans ce jugement, il n'a aucun intérêt personnel dans l'affaire.

Le jugement ne porte atteinte qu'au prodigue et, en attaquant ses conséquences, ce n'est pas pour en retirer un profit personnel qu'il agit, mais c'est dans l'intérêt du prodigue et pour que ce dernier en recueille tous les bénéfices. Peut-être pourrait-on alléguer que la tierce-opposition présente pour le conseil judiciaire un intérêt moral, mais il ne suffit pas d'alléguer un intérêt de ce genre pour l'obtenir.

Les motifs qui ont fait juger que le conseil judiciaire ne pouvait être un tiers pouvant user de la tierce-opposition pour faire tomber les jugements dans lesquels le prodigue avait figuré seul antérieurement à sa nomination, lui ont fait refuser, en

matière d'actes sous seing privé, le droit de se ranger parmi les tiers qui peuvent invoquer le bénéfice de l'article 1328 du Code civil.

En conséquence, le conseil judiciaire ne peut être admis à opposer l'incertitude de la date lorsque le prodigue est actionné en paiement d'un billet dont la date est antérieure au jugement qui a prononcé sa nomination, et cela parce « qu'il n'a personnellement aucun droit distinct de ceux du prodigue et que sa mission consiste uniquement à assister le prodigue ou le faible d'esprit pour compléter sa capacité civile ».

C'est ainsi que s'exprime l'arrêt du 13 novembre 1895 de la Chambre civile de la Cour de cassation, et il y a de nombreux arrêts dans ce sens (1).

Cette décision est conforme aux principes et condamne la jurisprudence, qui donne au conseil judiciaire une action propre en nullité en cas d'inaction du prodigue, oubliant qu'il n'est investi d'aucun droit propre et personnel, mais simplement destiné par sa présence à compléter sa capacité civile sans jamais le représenter.

(1) Voir arrêts de la Cour de cass. du 8 mars 1836, S., 36, 1, 236 ; du 13 novembre 1895, D., 96, 1, 267 ; arrêt de la Cour d'Orléans, du 25 août 1837, S., 38, 2, 66, et du 5 mai 1897, S., 97, 2, 303, et l'article de M. Vigie dans la *Revue critique* de 1900, p. 65.

CHAPITRE VI

Fonctions du Conseil donné à un conjoint

Très souvent, il y a lieu de pourvoir d'un conseil judiciaire une personne mariée, atteinte de faiblesse d'esprit ou se livrant à des actes de prodigalité qui nécessitent une telle mesure et, de même, une personne qui se marie peut être sous le coup d'une telle nomination au moment où elle contracte le mariage.

Ce peut être le mari ou la femme, car nous pensons que cette mesure de protection peut s'appliquer aussi bien à une femme mariée qu'à une autre personne. Et nous avons aussi accepté, avec la majorité des auteurs, que, lorsque cette hypothèse se présente, le tribunal a la plus grande liberté pour choisir celui qu'il voudrait nommer pour remplir ces fonctions et que, dans de nombreuses circonstances, ce ne sera pas le mari ; car, pour sauvegarder plus efficacement la femme atteinte de prodigalité, il sera fréquemment nécessaire de lui nommer un étranger comme conseil.

Il nous faut maintenant examiner quelles vont être les fonctions du conseil nommé à un époux, et com-

ment il remplira sa mission lorsqu'il se trouvera en conflit avec l'exercice de la puissance maritale.

Nous nous trouvons en présence de deux hypothèses très différentes : celle d'un conseil nommé à une femme mariée, et celle d'un conseil nommé au mari. Nous devons les étudier l'une après l'autre.

1^o Conseil nommé à une femme mariée.

Ce peut être le mari qui a été nommé ou une autre personne choisie par le tribunal ; mais, dans les deux cas, le mari conserve la puissance maritale et tous les droits qui résultent pour lui du mariage (1).

Si c'est le mari qui a été nommé conseil judiciaire, ce qui aura lieu le plus ordinairement, il autorisera sa femme dans tous les cas où la loi exige cette autorisation ; et de plus, dans tous les actes où les articles 499 ou 513 exigent l'assistance, il donnera cette assistance. Le plus souvent, l'autorisation et l'assistance se confondront.

Cependant, comme l'assistance doit toujours être spéciale, il se trouvera dans l'impossibilité d'autoriser sa femme à faire le commerce, ainsi que le permet l'article 4 du Code de commerce.

Supposons maintenant que ce n'est pas le mari, mais que c'est un tiers qui a été nommé conseil de la femme :

(1) Voir jugement Trib. Paris, 13 nov 1863 ; Sirey, 64, 2, 193.

Le mari pourra toujours donner une autorisation suffisante, sans que le conseil ait à intervenir, pour tous les actes d'administration et pour tous ceux qui peuvent être valablement accomplis par un individu pourvu d'un conseil judiciaire sans l'assistance de ce dernier.

S'il refuse son autorisation, ce sera le tribunal qui pourra la donner en son lieu et place.

Mais, lorsque la femme voudra accomplir un des actes prévus par les articles 499 et 513 du Code civil, l'autorisation du mari ne sera plus suffisante, il faudra qu'elle obtienne en plus l'assistance de son conseil.

Dans une situation semblable, la collaboration de deux personnes est donc nécessaire pour permettre à la femme d'accomplir l'acte valablement, puisque le mari doit autoriser et le conseil assister. Il se peut que ces deux personnes ne tombent pas d'accord ; comment va se résoudre ce conflit ?

Le mari autorisera peut-être sa femme lorsque le conseil refusera de donner son assistance. L'acte ne pourra alors être fait valablement, car il n'est pas possible de contraindre le conseil judiciaire à donner son assistance lorsqu'il veut la refuser.

La seule ressource qui resterait à la femme serait de faire nommer par le tribunal un conseil spécial pour l'assister dans la circonstance. Et si celui-ci jugeait qu'il doit donner son assistance à l'acte, elle pourrait alors l'accomplir sans qu'il soit entaché de nullité.

Ou bien le mari refusera de donner l'autorisation nécessaire à la femme, lorsque le conseil consentira à l'assister. Alors il suffira à la femme d'obtenir l'autorisation du tribunal à la place de celle de son mari, ainsi que cela a lieu dans le droit commun. Cette autorisation et l'assistance du conseil seront suffisantes pour purger l'acte de tout vice.

2° Conseil donné au mari.

Lorsque c'est le mari qui est pourvu d'un conseil judiciaire, ce sera toujours un tiers qui exercera ces fonctions, car cette charge en aucun cas ne saurait être confiée à la femme.

Cette nomination n'aura, pas plus que dans le cas précédent, d'influence sur les droits d'administration que le mari peut tenir, soit de la loi, soit des stipulations du contrat de mariage. Il conservera intacte la puissance maritale qui renferme l'autorisation à donner à la femme.

Tous les auteurs admettent que pour tous les actes qui ne rentrent pas dans la catégorie des articles 499 et 513 du Code civil, le mari conservera le droit de donner l'autorisation à sa femme, sans qu'il lui soit nécessaire d'être assisté de son conseil, ou de se faire remplacer pour donner cette autorisation par le tribunal.

Grâce à cette autorisation, la femme sera pleinement capable et, en cas de refus de la part de son

mari, elle devra recourir au tribunal pour l'obtenir et non au conseil de son mari.

Mais si les auteurs acceptent tous cette solution, ils ne conservent plus ce bel accord lorsqu'il s'agit d'autoriser la femme mariée à accomplir l'un des actes qu'il est interdit au prodigue et au faible d'esprit de faire sans l'assistance de leur conseil.

Quelques-uns, comme M. Duranton (1), pensent que c'est toujours le mari qui doit autoriser la femme pour toute espèce d'actes, même lorsqu'il se trouverait personnellement dans l'incapacité d'accomplir lui-même valablement un tel acte. C'est admettre qu'un incapable peut habilitier un autre incapable.

Mais la plupart des auteurs repoussent cette théorie pour la raison bien simple que l'on ne peut conférer à une autre personne plus de droit que l'on n'en possède.

Une seconde théorie exige que le mari autorise sa femme, mais avec l'assistance de son conseil judiciaire (2). La présence de ce dernier lui donnera la capacité qui lui manquait pour autoriser valablement la femme. Nous remarquerons, tout de suite, que cette théorie ne donnerait pas la possibilité à la

(1) Voir *Cours de droit français*, t. II, n° 506.

(2) Voir dans ce sens M. Magnin, *Des minorités*, t. I, n° 909 ; Laurent, t. III, n° 132. Un arrêt de la Cour de Paris a jugé que le mari muni d'un conseil judiciaire ne peut qu'avec l'assistance de son conseil autoriser sa femme à plaider ; Paris, 27 août 1833, S., 34, 2, 336.

femme d'être marchande publique à cause de la spécialité de l'assistance.

Cependant, nous nous rallierons à un troisième système qui n'admet pas qu'il entre dans les fonctions du conseil judiciaire d'assister le mari pour donner l'autorisation à sa femme lorsqu'il n'a pas capacité suffisante pour l'autoriser lui-même.

Cette opinion a pour elle l'autorité de MM. Demolombe (1) et Aubry et Rau (2), et elle est, de plus, confirmée par une nombreuse jurisprudence (3).

L'ingérence du conseil entre le mari et la femme nuirait le plus souvent à la paix du ménage et, de plus, nous semble contraire à l'esprit de notre législation. Le droit d'autoriser la femme est un attribut de la puissance maritale, et cet attribut, en aucun cas, ne peut être mis à la discrétion d'un tiers. Dans des situations analogues, prévues par les articles 222 et 224 de notre Code civil, lorsqu'il s'agit d'autoriser la femme d'un interdit ou d'un mineur, ce ne sont ni le tuteur ni le curateur qui ont ce pouvoir, mais il faut recourir au juge qui, seul, peut autoriser.

Nous devons en conclure que, bien qu'il existe de grandes différences entre l'incapacité d'un prodigue ou d'un faible d'esprit et celle d'un interdit ou d'un

(1) T. IV, n° 236.

(2) T. V, § 472, note 45, p. 148.

(3) Voir Cassation, 11 août 1840, S., 40, 1, 858; Cass., 13 novembre 1866, S., 67, 2, 324; Cass., 6 décembre 1876, S., 77, 1, 64.

mineur émancipé, les raisons qui ont motivé l'intervention de la justice au lieu de celle du curateur dans un cas, ont la même valeur dans l'autre.

Ce sera donc à la justice qu'appartiendra le pouvoir d'autoriser la femme mariée d'un individu en puissance de conseil, lorsqu'il sera dans l'impossibilité de le faire valablement; et, de la sorte, on sauvegardera la puissance maritale, laissée intacte par le jugement de nomination du conseil.

CHAPITRE VII

Conseil ad hoc

Il est impossible, avons-nous dit, à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire d'accomplir valablement les actes énumérés par les articles 499 et 513 sans être assisté de son conseil.

Le conseil peut refuser de donner son assistance lorsqu'il juge l'acte dangereux pour la personne dont on lui a confié la garde des intérêts, et par son veto, empêcher le faible d'esprit ou le prodigue d'agir.

Mais ce refus de la part du conseil peut ne pas se trouver toujours justifié; ce peut être le résultat d'une erreur, d'une négligence ou d'un mauvais vouloir, il n'en est pas moins vrai qu'il paralyse le prodigue.

Il ne serait pas équitable de tolérer un tel résultat, car la personne chargée d'empêcher le prodigue ou le faible d'esprit de se ruiner, et mise spécialement auprès de lui pour le défendre, ne peut pas avoir le pouvoir de lui nuire par mauvais vouloir.

Certains auteurs ont enseigné que ce serait à la justice à se prononcer et que ce serait elle qui suppléerait au défaut d'assistance.

Magnin l'admet dans son *Traité des Minorités* (1) et

(1) Voir Magnin, *Traité des minorités*, t. I, n° 900.

Chardon déclare aussi : « Il est hors de doute que c'est à la justice, dont le conseil n'est que le délégué, à résoudre la difficulté et que le prodigue peut le traduire devant le tribunal qui l'a nommé, pour rendre compte de l'usage qu'il fait de son mandat. Si la femme qui, spontanément, s'est soumise au pouvoir de son mari, peut se plaindre de l'abus qui en est fait, à plus forte raison, ce recours doit-il être ouvert à celui qui, bien contre son gré, porte le joug d'un conseil (1). »

Ces auteurs basent leur système sur la faveur édictée pour la femme mariée par l'article 218 du Code civil. Mais il n'y a aucune analogie entre les deux situations : la loi n'exige pour la femme qu'une simple autorisation, et on comprend très bien que le tribunal puisse la lui donner à la place de son mari, tandis que pour le prodigue, c'est une assistance qu'elle exige. Il y a quelque chose de plus, avons-nous dit, dans l'assistance, c'est une sorte de coopération à l'acte ; l'autorisation donnée par le tribunal n'en serait plus l'équivalent et protégerait beaucoup moins le faible d'esprit ou le prodigue.

Cette distinction a été particulièrement bien indiquée dans un arrêt de la Cour d'Orléans (2) qui s'exprime ainsi : « L'incapacité purement civile de la femme dérive du respect attaché à la puissance

(1) Voir Chardon, *Puissance tutélaire*, n° 278.

(2) Voir arrêt d'Orléans, 15 mai 1847, S., 47, 2, 567.

maritale, tandis que l'incapacité naturelle du prodigue résulte de son défaut d'intelligence ou de ses goûts de dissipation ». On ne peut donc pas apporter le même remède à ces deux situations différentes.

La majorité des auteurs (1) et la jurisprudence (2) admettent que lorsqu'un tel conflit se produit, il faut, soit remplacer définitivement le conseil, ou, ce qui a lieu le plus ordinairement, nommer simplement au prodigue un conseil spécialement pour cette affaire. C'est ce qu'on appelle le conseil *ad hoc*.

Seul, M. Laurent ne semble pas admettre une telle solution; il lui reproche de donner à l'interprète de la loi le droit de combler ses lacunes et pour lui « le seul recours que le prodigue ait du chef de l'inaction de son conseil, est une action en responsabilité (3) ». Cependant, quelques lignes plus loin, M. Laurent constate que si le conseil refusait de prêter son assistance à toute espèce d'actes, on serait bien forcé de le faire remplacer.

Nous sommes obligé de reconnaître qu'aucune disposition de la loi n'autorise à nommer un conseil *ad hoc*. Cependant, ainsi que nous le verrons dans la suite, de même que nous croyons que le tribunal a le

(1) Demolombe, *Minorité*, t. II, n° 762; Aubry et Rau, t. I^{er}, § 139.

(2) Voir Cass. req., 13 février 1844, S., 44, 1, 348; Orléans, 15 mai 1847, S., 47, 2, 567; Besançon, 11 janvier 1851, S., 51, 2, 75; Douai, 31 août 1854, S., 55, 2, 139.

(3) Voir Laurent. t. V, n° 334.

pouvoir de révoquer le conseil lorsqu'il le croit utile, nous pensons qu'il peut, lorsqu'il le juge nécessaire, nommer un conseil *ad hoc*. Cela permet de sauvegarder d'une façon plus efficace les intérêts du faible d'esprit ou du prodigue.

En dehors du refus d'assistance, il peut se présenter d'autres situations où le prodigue ne pourra pas valablement être assisté par son conseil. Ce sera lorsque le conseil se trouvera avoir un intérêt opposé à celui du faible d'esprit ou du prodigue dans l'acte que ce dernier veut accomplir.

Le but de l'assistance étant de protéger l'incapable contre sa propre faiblesse et contre les entraînements auxquels il ne sait pas résister, on conçoit qu'elle doit être désintéressée de la part de celui qui la donne. Lorsque le conseil est partie à l'acte ou a quelque avantage à en retirer s'il s'accomplit, il est à craindre que, se laissant guider par son propre intérêt, il ne soit entraîné à faire ses affaires au lieu de celles de celui dont il a la garde.

Des actes accomplis dans de telles circonstances seront annulables.

C'est ainsi que la jurisprudence a jugé que le tuteur nommé conseil d'un pupille à sa majorité ne peut, valablement, lui rendre son compte de tutelle que si le pupille se trouve assisté par un autre que lui (1).

(1) Voir jug. Trib. de Chalon-sur-Saône, 5 décembre 1849, D., 66, 5, 261.

De même, lorsque le conseil judiciaire a géré les affaires du prodigue en vertu d'un mandat de celui-ci, il y a lieu, pour la réception et le débat du compte de cette gestion, de pourvoir l'incapable d'un conseil *ad hoc* (1).

Qu'un notaire, nommé conseil judiciaire, ne peut procéder à la fois dans un même acte comme notaire et comme conseil judiciaire (2).

Pour le même motif, le conseil judiciaire, qui doit son assistance à la vente des biens d'un prodigue, ne peut s'en rendre acquéreur sous peine de nullité de la vente (3).

L'opposition d'intérêts peut encore se présenter dans l'exercice d'une action que le conseil intentera contre le prodigue ou réciproquement, et il y aura encore lieu au remplacement du conseil judiciaire (4).

D'une façon générale, nous devons conclure que le prodigue ou le faible d'esprit ne peuvent être valablement assistés par le conseil qui leur a été nommé lorsque ce conseil se trouve en opposition d'intérêts avec eux, et on comprend facilement que, dans une semblable circonstance, il soit nécessaire de recourir à un conseil *ad hoc*, puisqu'il est impossible au faible d'esprit ou au prodigue d'agir seul.

(1) Voir Trib. de la Seine, 14 avril 1839, D., 66, 5, 262; tribunal de Dijon, 21 mars 1860, D., 66, 5, 262.

(2) Voir Trib. d'Angers, 3 août 1866, D. p., 67, 2, 23.

(3) Voir Trib. de Bruxelles, 3 avril 1866, D. p., 67, 2, 71.

(4) Voir Trib. de Dijon, 17 novembre 1861, D., 67, 3, 5.

Ce sera évidemment le tribunal qui le nommera et qui en fera le choix avec la même liberté qu'il a choisi le premier ; cette question a été nettement tranchée dans un arrêt de la Cour de Turin de 1808.

Mais quelles vont être les fonctions de ce conseil ? Elles seront limitées par le tribunal en même temps qu'il le nomme (1). La mission pourra se borner à assister le faible d'esprit ou le prodigue dans les actes où il est en opposition avec son conseil ordinaire lorsqu'il aura été nommé pour cette cause.

Si, au contraire, c'est à la suite d'un refus d'assistance de la part du conseil ordinaire que le tribunal l'a nommé, il sera là pour donner cette assistance à l'acte que l'autre conseil, par son refus, empêchait de s'accomplir.

Cependant, la nomination du tribunal ne le liera en rien, et par cela même, il ne sera pas obligé de donner cette assistance. Il conservera sa liberté entière et il appréciera si l'acte lui paraît utile et favorable au prodigue. Dans ce cas, il lui apportera l'assistance nécessaire à le valider. Mais si, au contraire, l'acte lui semble dangereux pour l'incapable, il sera dans son droit absolu en refusant cette assistance, ainsi que l'avait déjà fait celui qu'on le charge de remplacer. Ce sera même son devoir, et personne ne pourra le contraindre à la donner.

(1) Voir arrêt Poitiers, 7 août 1861 ; sous Cass., S., 68, 1, 429.

Ceci a été admis dans un arrêt de Poitiers de 1868 (1), mais cet arrêt donnait en plus, au tribunal, le droit de contrôler, en cas de refus d'assistance, les motifs pour lesquels elle avait été refusée. Ce contrôle peut être très utile en pratique, mais n'est autorisé expressément par aucun texte.

(1) Voir arrêt de Poitiers, 12 août 1868, S., 68, 1, 429.

CHAPITRE VIII

Comment cessent les fonctions de Conseil judiciaire

Diverses causes peuvent mettre fin aux fonctions d'un conseil judiciaire : le prodigue ou le faible d'esprit peuvent être relevés de leur incapacité, car la dation d'un conseil judiciaire n'est pas perpétuelle; le conseil peut mourir pendant qu'il est en fonctions; il peut être obligé de renoncer à sa charge; enfin, nous admettons qu'il a le droit de donner sa démission et qu'on peut le révoquer.

Ce sont différentes hypothèses qu'il nous faut examiner l'une après l'autre.

On comprend facilement que la défense d'agir sans l'assistance d'un conseil ne doit pas subsister lorsque les causes qui l'ont motivée ont cessé d'exister. La prodigalité peut disparaître avec l'âge, et de même, quoique cela soit plus rare, la faiblesse d'esprit peut s'atténuer et disparaître. Dans de semblables occasions, il n'y a plus lieu de maintenir le conseil judiciaire, mais ces fonctions ne cesseront jamais de plein droit, et il faudra un jugement de main-levée pour qu'il se trouve relevé de sa charge, comme il était nécessaire qu'il y en eût un pour le nommer.

C'est ainsi que le conseil judiciaire d'un mineur

émancipé continue ses fonctions lorsque celui-ci a atteint sa majorité, et que celui d'une fille n'est pas déchargé de sa mission par cela seul que cette dernière s'est mariée,

Sur ce dernier point, se sont élevées quelques controverses. Un arrêt de la Cour de Nancy du 3 décembre 1838 (1) a jugé, en effet, qu'une femme, pourvue d'un conseil judiciaire, n'avait plus besoin de son assistance une fois mariée, et que son mariage seul l'avait affranchi d'une telle obligation. Cet arrêt a contre lui d'autres arrêts (2) de Poitiers et de Douai qui semblent plus conformes à la doctrine qui autorise les tribunaux à choisir qui ils veulent pour conseil d'une femme mariée sans être obligés de prendre le mari, et qui n'admet pas qu'une telle incapacité puisse être relevée sans jugement.

Le texte même de l'article 514 du Code civil est trop formel pour pouvoir être violé, aussi réunit-il la majorité des auteurs (3) : « La défense de procéder sans l'assistance du conseil ne peut être levée qu'en observant les formalités prescrites pour la nomination du conseil. »

Si la nomination du conseil et ses effets ne peuvent cesser de plein droit, il se peut que l'on se trouve en

(1) Voir Sirey, 1839, 2, 283.

(2) Voir arrêt de Poitiers, 18 mai 1881, S., 83, 2, 8, et arrêt de Douai, 6 mars 1854 ; Sirey, 57, 2, 572.

(3) Voir MM. Demolombe, t. VIII, p. 475 ; Laurent, t. V, n° 349 ; Aubry et Rau, t. I, § 438, texte et notes ; Huc, t. III, n° 642, p. 536.

présence de circonstances à la suite desquelles le conseil se trouvera dans l'impossibilité de continuer ses fonctions. Cela se présentera lorsqu'il se trouvera destitué de plein droit ou encore lorsqu'il viendra à mourir.

Dans cette dernière hypothèse, nos anciens auteurs (1) et quelques anciens arrêts de jurisprudence semblaient décider que le prodigue ou le faible d'esprit reprenait de plein droit sa capacité. Devant la rigueur du texte de l'article 514, nous ne l'admettrons plus aujourd'hui.

Le conseil peut encore perdre sa charge parce qu'il a perdu la qualité de Français ou qu'il a été condamné à une peine afflictive et infamante.

Il se trouvera encore destitué de plein droit s'il est mis en interdiction, ou se trouve pourvu lui-même d'un conseil judiciaire. Sa nomination, en effet, est une mesure de protection en faveur de celui à qui on l'a donné, et on ne voit pas quelle confiance on pourrait avoir dans la direction d'une personne qui est incapable d'administrer avec sagesse ses propres affaires.

Il en sera de même lorsqu'il aura été privé de ce droit par suite d'un jugement du tribunal correctionnel, ainsi que cela résulte des articles 34, 42 et 335 du Code pénal.

(1) Voir *Nouveau Denisart, Conseil nommé par justice*, § 2, n^{os} 16 et 17.

Enfin, la loi du 24 juillet 1889 a encore ajouté une cause d'exclusion dans son article 8 pour ceux qui sont déchus de la puissance paternelle, peu importe, d'ailleurs, que cette déchéance soit légale ou judiciaire.

Dans toutes ces hypothèses, il y a lieu de nommer le plus tôt possible un nouveau conseil au prodigue. On admet même que, personnellement, il a qualité pour provoquer une telle nomination, car il est à craindre que ses parents, par intérêt, se refusent à agir, de manière à prolonger indéfiniment son incapacité. Nous croyons même qu'une telle demande pourra être faite valablement par des tiers, pourvu qu'ils y aient un intérêt, par exemple, par un débiteur qui tiendrait à se libérer au plus vite, ce qu'il ne peut faire, sans crainte d'être obligé de payer deux fois, si la personne à qui on a donné un conseil n'est pas assistée.

Nous avons admis que le conseil pouvait refuser la charge qu'on lui offrait au moment où il était nommé par le tribunal, nous croyons aussi que, lorsqu'il est fatigué de remplir ces fonctions honorifiques, il est vrai, mais souvent très délicates, surtout lorsque l'on a affaire à un prodigue, il peut s'en démettre à son gré. Ce point n'a pas été entièrement admis par tous les auteurs ni par la jurisprudence.

Certains jurisconsultes (1), se fondant sur l'ana-

(1) Voir MM. Toullier, t. II, p. 432 ; Demante, t. II, n° 285 bis ; Laurent, t. V, n° 350.

logie qui existe entre cette charge et celle de tuteur, voudraient lui refuser ce droit et déclarer cette charge obligatoire comme l'est la tutelle.

De plus, un arrêt de la Cour de Nancy du 26 novembre 1868 (1), semble indiquer que le conseil ne serait pas libre de donner sa démission à son gré, mais que les juges auraient un certain pouvoir discrétionnaire pour examiner les motifs qu'il invoque pour se soustraire à sa charge et qu'ils auraient pouvoir d'apprécier ses excuses.

Pour nous, nous admettons que la mission de conseil judiciaire est un mandat qui ne produira ses effets que lorsqu'il sera accepté, et nous croyons que celui qui l'a accepté est toujours libre de s'en démettre quand il lui plaît.

Toutefois, si nous admettons que le conseil judiciaire est libre de démissionner à son gré, il est bien évident que nous ne lui donnons pas le droit d'abuser de cette liberté pour se retirer à un moment inopportun et d'en profiter pour nuire aux intérêts dont on lui a confié la garde. Cela est de droit commun.

Un dernier point nous reste à examiner. Nous avons déjà admis que le tribunal pouvait, lorsque cela lui semblait utile, nommer un conseil *ad hoc* au prodigue et chargé de l'assister dans une circonstance déterminée. Peut-il aussi révoquer le conseil qu'il lui a nommé et le remplacer définitivement par un autre ?

(1) V. S., 70, 2, 184.

Cela est admis par la grande majorité des auteurs et par la jurisprudence.

Cependant, un jurisconsulte de grande valeur, M. Laurent (1), qui n'autorise déjà pas la nomination d'un conseil *ad hoc* dans le cas de refus d'assistance, dénie encore aux tribunaux un tel pouvoir. Il reproche à une telle solution de refaire la loi au lieu de l'interpréter.

« Le droit de nomination en matière d'état, dit-il, n'emporte pas de plein droit le pouvoir de révocation ; le conseil de famille nomme le tuteur, il ne peut le révoquer que pour les causes déterminées par la loi ».

On peut répondre à cela que la loi n'ayant pas déterminé les causes pour lesquelles le conseil judiciaire pourra être révoqué, c'est afin de laisser aux tribunaux la plus grande liberté pour apprécier les raisons qui peuvent les déterminer à prendre une telle mesure.

Ce droit résulte tout naturellement du pouvoir qui appartient au tribunal de choisir le conseil à son gré. Il est absolument nécessaire pour atteindre le but que se propose le législateur. En effet, un conseil qui ne garantirait pas le prodigue ou le faible d'esprit contre sa propre faiblesse, lui est absolument inutile, et il est de toute justice, en pareille circonstance, que le tribunal qui a commis une erreur en le nommant, puisse le révoquer sur la demande des intéressés et

(1) M. Laurent, t. V, n° 354.

le remplacer par un autre choisi avec plus de discernement.

Lorsqu'il y a lieu d'accepter la démission d'un conseil précédemment nommé, ou de le révoquer et d'en nommer un autre, la jurisprudence a décidé qu'un tel fait n'est qu'une mesure d'exécution du jugement ou de l'arrêt qui a déclaré le prodigue ou le faible d'esprit incapable, et que le tribunal compétent serait celui qui aurait prononcé originellement la nomination du premier conseil (1).

(1) Voir arrêt de Nancy, 26 novembre 1868, S., 70, 2, 184, et arrêt de Nîmes, 25 janvier 1876 ; voir *Gazette des Tribunaux*, 13 février 1876.

CHAPITRE IX

Responsabilité du Conseil judiciaire

Le rôle du conseil judiciaire est de sauvegarder de la ruine le faible d'esprit ou le prodigue que l'on a confié à son expérience et pour cela, il doit lui donner son assistance dans les actes les plus importants de la vie civile et par lesquels il pourrait compromettre son patrimoine.

Mais le conseil peut ne pas remplir cette mission avec toute la conscience et la probité que l'on est en droit d'attendre de lui. Loin de protéger le prodigue, il peut l'entraîner à la ruine en lui donnant des conseils évidemment nuisibles; ou par négligence, en ne surveillant pas l'emploi des capitaux que ce dernier a touchés ainsi qu'il devrait le faire, il peut autoriser, en quelque sorte, leur dissipation; ou encore par mauvais vouloir, en refusant son assistance lorsqu'elle était nécessaire, il peut lui porter un grand préjudice.

Dans ces circonstances ou dans d'autres semblables, sera-t-il responsable du préjudice qu'il a ainsi causé par sa faute ?

Nous le pensons, mais aucune disposition législative ne vient encore, sur ce point, régler la matière et nous donner les limites exactes de cette responsa-

bilité. Aussi, la doctrine se montre très divisée sur les règles à appliquer en pareille circonstance; certains auteurs ont même prétendu que le conseil ne pouvait encourir une responsabilité spéciale.

Mais avant d'examiner ces différentes théories, nous devons déclarer de suite que tout le monde admet que le conseil, à la différence du tuteur, n'est pas obligé de tenir de livres de comptabilité, et qu'il n'a, à la fin de sa mission, aucun compte de gestion à rendre, car il ne doit donner qu'une assistance sans entrer dans l'administration des biens du prodigue. Aussi, ses biens ne sont grevés d'aucune hypothèque légale en sa faveur.

M. Toullier prétend que le conseil judiciaire ne saurait encourir aucune responsabilité puisqu'il n'est ni comptable, ni administrateur, et qu'il ne fait que donner un conseil : *consilii non fraudulenti nulla est obligatio* (1).

Il semble bien, d'après le *Nouveau Denisart*, que cette opinion était déjà professée dans notre ancien droit. Ce conseil, dit-il, « n'ayant aucune administration et n'ayant d'autres fonctions que de donner son avis, n'est comptable en rien. Il n'est pas non plus garant des événements parce que la personne dont il est conseil n'en a pas moins la liberté de faire ou de ne pas faire » (2).

(1) Voir Toullier, t. II, n° 1477.

(2) Voir *Nouveau Denisart* au mot *Conseil nommé par justice*, § 2, n° 6.

Que le conseil ne puisse répondre des événements, c'est-à-dire de la suite plus ou moins heureuse des actes auxquels il accorde son assistance, et que l'on ne peut prévoir au moment où elle est donnée, cela est de toute justice. Mais il peut se trouver d'autres circonstances, il peut avoir été coupable de négligence, de légèreté, il peut autoriser l'accomplissement d'un acte évidemment nuisible ; ne doit-il pas être responsable dans ces cas ou dans d'autres analogues ?

De plus, l'assistance, telle qu'elle est exigée par la loi, est trop différente d'un avis officieux pour qu'elle puisse y être comparée. On est toujours libre de suivre ou de ne pas suivre un avis, tandis que le refus d'assistance peut paralyser le prodigue.

N'admettre aucune responsabilité, ce serait aller contre le vœu de la loi et mettre l'incapable à la discrétion de son conseil ; cependant, pour M. Demolombe, il n'y a pas de solution absolue et ce sera une question de fait ou d'appréciation subordonnée aux circonstances : « Sans doute, dit-il, il faudrait des circonstances exceptionnelles pour déclarer le conseil judiciaire qui remplit une mission gratuite responsable de son avis et de son assistance lorsqu'il les a donnés de bonne foi. Mais il ne serait pas non plus impossible que sa responsabilité fût engagée d'après le droit commun, je ne dis pas par son dol, mais même par une faute ou par une négligence inexcusable (1).

(1) Voir Demolombe, t. VIII, n° 739.

De même, MM. Aubry et Rau estiment que le conseil judiciaire n'encourt de responsabilité pour avoir prêté ou refusé son assistance, qu'autant qu'il s'est rendu coupable de dol ou de faute grave assimilable (1).

Cela n'est encore autre chose que la responsabilité du droit commun prévue par les articles 1382 et 1383 à laquelle tout le monde est soumis. Mais il semble bien que l'on doit se montrer plus sévère pour une personne qui a une mission publique.

Aussi, la jurisprudence se montre plus sévère. Elle a jugé, dans un arrêt de Nancy, que le conseil judiciaire est une sorte de mandataire qui ne peut être relevé de sa mission que par l'autorité qui la lui a confiée, et qu'il doit être réputé responsable vis-à-vis des tiers et de la personne à assister jusqu'au moment où la démission a été acceptée (2).

Elle a aussi décidé que le conseil était passible de dommages-intérêts parce qu'au lieu d'opérer le placement régulier des capitaux, lorsque le conseil avait reçu un mandat général d'administrer les biens, de manière à établir les revenus du prodigue et à déterminer les sommes dont celui-ci pourrait disposer chaque année, il lui avait ouvert un compte courant et lui avait remis, suivant ses demandes et sur simples reçus à valoir sur son compte et sans nécessité, des sommes tout à fait hors de proportion avec ses res-

(1) Voir MM. Aubry et Rau, t. I, § 139, p. 871 et note 14.

(2) Voir arrêt de Nancy, 26 novembre 1868, S., 70, 2, 184.

sources annuelles ; en agissant ainsi, le conseil judiciaire avait méconnu ses obligations et manqué à sa mission (1).

Un conseil judiciaire a été encore condamné à des dommages et intérêts envers le prodigue qu'il avait mission d'assister pour l'avoir engagé dans une entreprise aléatoire, onéreuse, à laquelle le prodigue était étranger par son caractère et ses aptitudes, et où il avait perdu une notable partie de son avoir (2).

La jurisprudence semble, d'après l'arrêt de Nancy, considérer le conseil judiciaire comme une sorte de mandataire. Ces fonctions ne sont pourtant pas, à vrai dire, un véritable mandat puisque le conseil ne représente pas son pupille, mais l'assiste seulement. Mais elles s'en rapprochent beaucoup puisqu'il peut accepter ou refuser la charge, s'en démettre quand cela lui plaît et, de plus, cette fonction est gratuite (3).

Nous admettons donc que la responsabilité encourue par le conseil judiciaire est celle d'un mandataire et qu'il répond, comme ce dernier, non seulement de son dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Mais il faut tenir compte aussi de ce que la responsabilité relative aux fautes doit être appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.

(1) Paris, 31 janvier 1876, S., 77, 2, 149.

(2) Paris, 16 janvier 1890, D., 92, 2, 209.

(3) Il est accordé quelquefois une légère rémunération au conseil, 2 % sur les revenus, à Paris.

Il doit, comme le mandataire, apporter aux intérêts du prodigue les mêmes soins qu'aux siens, et répondra de la faute qu'il ne commettrait pas en gérant ses propres affaires.

Ce n'est pas tout à fait la responsabilité que la loi impose au tuteur qui est responsable de toute faute que ne commettrait pas un bon père de famille appréciée *in abstracto*. M. Laurent exigerait, pour lui, cette responsabilité, mais aucun texte ne l'indique, et nous avons déjà dit qu'il y a peu d'analogie entre ces deux fonctions.

CONCLUSION

Telles sont les fonctions du conseil judiciaire dans notre droit français.

Cette institution a été extrêmement critiquée, surtout en ce qui concerne le prodigue, mais à tort à notre avis, car si elle porte une grave atteinte au droit de propriété qui comprend le droit d'abuser, nous devons tenir compte que l'intérêt de l'individu n'est pas le seul en jeu.

Il y a, à côté, l'intérêt de sa famille qui ne doit pas être négligé, et pour qui le prodigue, lorsqu'il aura tout dissipé, peut devenir une charge fort lourde.

L'État lui-même est intéressé, car un homme ruiné peut facilement devenir un homme dangereux pour la société.

D'ailleurs, le plus grand nombre des législations édictent des mesures protectrices ou répressives contre le prodigue, beaucoup vont même jusqu'à l'interdire.

L'institution du conseil judiciaire doit donc être considérée comme une limite que l'on ne peut dépasser et qui concilie le mieux possible les intérêts de la famille et de l'État avec la liberté du prodigue.

Nous avons constaté que la jurisprudence s'ef-

force même de rendre cette protection encore plus efficace en permettant au conseil judiciaire d'exercer, dans certaines circonstances, les actions de l'incapable, lorsque celui-ci se refuse à le faire.

Si nous avons critiqué cette jurisprudence, ce n'est point à cause de ses tendances protectrices dont nous ne nions pas l'utilité, mais cela tient à ce qu'elle est absolument opposée aux textes, et qu'elle est dangereuse en accordant au juge un droit qu'il n'a pas : celui de faire la loi au lieu de l'appliquer.

Cependant nous devons constater qu'une telle extension des pouvoirs du conseil judiciaire aurait les plus heureux résultats, au point de vue de la protection de la fortune des faibles d'esprit et des prodigues. Ces derniers particulièrement se montrent souvent incorrigibles, et les mesures de protection dont ils sont l'objet, loin d'être appréciées comme elles le devraient être, ne leur paraissent, la plupart du temps, que des entraves apportées à leurs passions.

Aussi toute leur intelligence se trouve occupée à trouver des expédients propres à échapper au contrôle de leur conseil, et qui leur permettront de continuer à mener leur vie de dissipation et de prodigalité.

D'ailleurs le refus d'accomplir un acte utile, de la part d'un prodigue ou d'un faible d'esprit, peut se présenter aussi à propos d'actes extra-judiciaires. C'est ainsi que l'immeuble d'un prodigue peut tomber en ruine et avoir besoin de réparations urgentes dont il tirerait grand profit, il se peut que ce dernier refuse d'y consacrer les fonds qu'il a à sa disposition, préférant les employer à ses plaisirs.

Le conseil judiciaire dont la mission se borne à l'assister, ne peut l'y contraindre, ni même le faire à sa place, et jusqu'ici la jurisprudence ne l'a pas autorisé à en prendre l'initiative, quelque désastreuses qu'en soient les conséquences pour l'incapable; elle s'est en effet bornée à lui permettre de demander en justice la nullité des actions susceptibles d'être annulées.

Il semblerait donc qu'il appartiendrait au législateur de venir apporter un remède à ce mal. Il pourrait accorder, dans une certaine limite, un pouvoir spécial et personnel au conseil judiciaire, lui permettant d'agir dans l'intérêt de l'incapable dont il a la garde, tout en lui maintenant sa mission d'assistance.

Ce pouvoir ne serait employé qu'en cas de nécessité absolue, et assurerait d'une façon vraiment plus efficace la protection des faibles d'esprit et des incapables, tout en n'ayant pas des conséquences aussi graves que l'interdiction.

VU :

H. SIMONNET.

VU :

*Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,*

E. BAILLY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 16 juin 1901.

Le Recteur de l'Académie,

CH. ADAM,

Correspondant de l'Institut.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	5
CHAPITRE I ^{er} . — Historique.	15
Droit romain.	15
Droit ancien.	25
Droit intermédiaire.	29
CHAP. II. — Choix du Conseil judiciaire.	35
CHAP. III. — De l'assistance du Conseil judiciaire.	43
CHAP. IV. — Des actes pour la validité desquels l'assis- tance du Conseil est obligatoire.	53
Plaider.	57
Transiger.	65
Emprunter.	67
Recevoir un capital mobilier et en donner décharge.	68
Aliéner et hypothéquer.	72
S'obliger.	80
CHAP. V. — Le Conseil judiciaire peut-il représenter le prodigue ?	85
CHAP. VI. — Fonctions du Conseil judiciaire donné à un conjoint.	103
CHAP. VII. — Conseil <i>ad hoc</i>	111
CHAP. VIII. — Comment cessent les fonctions de Conseil judiciaire.	120
CHAP. IX. — Responsabilité du Conseil judiciaire.	127
CONCLUSION.	133

